

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 963.—1965

Año XXXIX

Marzo-Abril 1963

Núms. 418-419

De la Representación⁽¹⁾

PREÁMBULO.

Señores, mejor dicho, compañeros: Estas palabras que voy a dirigiros forman parte de los actos conmemorativos del centenario de una Ley, la del Notariado. Centenario que, como el de todas las leyes, no debería de celebrarse sólo por los profesionales del Derecho, sino por todos los componentes del Estado como ente público y social.

Porque no debemos olvidar que el Derecho, bueno o malo, escrito o consuetudinario, aparente o soterrado bajo la capa de normaciones de carácter político, religioso o ético, constituye el armazón de cualquier Estado, sin que pueda concebirse éste sin aquél.

Es, pues, motivo de orgullo para todos nosotros el formar parte del sacerdocio de esta rama de la ciencia humana que ha permitido al hombre el construir lo que fundamentalmente le separa del resto del mundo animal: los Estados. Los cuales, al hacer posible la liberación parcial de los hombres de los acuciantes e

(1) Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Granada el 24 de mayo de 1962.

ineludibles problemas que plantea el mundo animal, la satisfacción de las necesidades primarias, ha permitido el que consiguiéramos esa especialización que constituyó la palanca con la que, a la vez que se elevaba a sí mismo, ahondaba la en un principio pequeña grieta de separación existente entre el mundo de lo racional y el de lo irracional.

Esto se lo debemos únicamente a la organización estatal, entendida en un sentido amplio, lo cual es lo mismo que debérselo al Derecho o esencia misma de la estructura de aquélla. Sin el Derecho no es posible el Estado, y sin éste nos encontraríamos aún en los balbuceos humanizadores de la Edad de Piedra.

Sin embargo, no nos envanezcamos demasiado por este sacerdocio. El constituye para nosotros, a la vez, una gloria y un castigo.

Las leyes, y aunque al profano pueda parecerle otra cosa, no son redactadas generalmente por los juristas. En esto reside fundamentalmente nuestro castigo.

Las leyes son elaboradas por toda la sociedad o conciencia social, e incluso su redacción definitiva no es confiada siempre, y de una manera preferente, a los juristas. Por esto, y como ocurre con todo nuevo material que se pretende incorporar a una estructura preexistente, máxime cuando esta incorporación no es continuadora, sino sustitutiva de parte de él, se requiere para llevarla a efecto un doble esfuerzo, que es precisamente lo que nos ocurre ante toda nueva Ley.

Efectivamente, para conseguir esa incorporación de la nueva ley al ordenamiento jurídico existente al tiempo de su publicación; para procurar el que con ella no se altere toda la estructura anterior de él; para hacer viable, en suma, la nueva norma dentro del complejo jurídico en el que van a insertarse, impidiendo el que con esa incorporación quede amenazada de ruina aquella estructura, se requiere un penoso esfuerzo por nuestra parte, el cual es difícil de apreciar por los que viven fuera de nuestra profesión.

Labor de sisifos. Ininterrumpida lucha en pro de su coadaptación al través de un meditado trabajo de interpretación. Modificación de la interpretación ya consagrada respecto de las disposiciones anteriores, con el fin de conseguir a la vista de la nueva norma el que ambas nos resulten total o parcialmente incom-

patibles. Incesante trabajo de pulir, retocar, acomodar y obtener incluso con el arma de la crítica doctrinal, la reforma de aquello que se revele como de imposible acomodación. Medios con los que intentamos obtener para la nueva ley una viabilidad armonizadora. Y todo ello para que, una vez conseguido, no se nos permita un reposo que aparece como justificado, sino para tener que iniciar de nuevo el mismo esfuerzo respecto de otra nueva ley, en indefinida e ininterrumpida cadencia armonizadora.

Podrá argüírsenos que lo mismo ocurre en todas las ciencias. Pero si se medita un poco podrá apreciarse que esa objeción queda reducida a un puro argumento dialéctico.

En las demás ciencias, el noventa por ciento de los nuevos problemas y de los nuevos descubrimientos ocurren en los sectores sumidos en la oscuridad de lo desconocido. Sectores en los que la oscura ignorancia apenas queda rota por la tenue luz de alguna hipótesis o verdadera bengala explotadora del tenebroso desconocido. Por esto, la luz que en ellas supone el nuevo descubrimiento y que viene a subsumir aquélla, no se pone en parangón con otra de la misma intensidad con la que haya de acomodarse, sino que se limita a hacer desaparecer la hipótesis por ser ya innecesaria, sin que importe mucho si el tono de ambas, hipótesis y nuevo descubrimiento coincide o no, y sin que la desaparición o confirmación de la referida hipótesis afecte para nada a la estructura de la ciencia a que se refiere, respecto a la cual el nuevo descubrimiento viene a continuarla y completarla en un sentido siempre ascendente.

En el Derecho ocurre precisamente lo contrario. Salvo rarísimas excepciones, las nuevas leyes no se adentran en sectores desconocidos del mismo, sino que lo que se pretende con ellas es el alterar algo ya existente a lo cual viene a sustituir la nueva ley. Y ese algo preexistente estaba ya integrado armónicamente en la estructura jurídica, la que, por tanto, habrá que destruir y reconstruir en parte.

Vemos que los supuestos son bastante diferentes en el Derecho respecto de casi todas las demás ciencias; y esa diferencia quedará aún más de realce si la plasmamos en algún ejemplo.

La eisteniana cuarta dimensión se mueve en un sector distinto al de la geometría euclidiana, y no por haber surgido aquélla

deja de tener esta plena validez en el mundo macroscópico de nuestro planeta. Con aquélla se ha ensanchado, si, el campo de la Geometría; ha crecido hacia arriba su estructura total; pero para esto no ha sido necesario el derribar ninguna parte del edificio anterior, sino sólo alterar algunas hipótesis, como la del infinito, que ha venido a ser sustituida hoy en el mundo del espacio por la de lo finito, pero ilimitado, al afirmarse el postulado de su curvatura.

¿Podemos decir otro tanto respecto de las reformas en nuestra ciencia del Derecho? En modo alguno. Piénsese simplemente en lo mucho que ha quedado afectada la estructura de nuestra legislación civil, e incluso la de la doctrina, por algo en apariencia tan sencillo como es la reforma del artículo 1.413 del Código Civil o por la prórroga legal de ciertos arrendamientos. Y, una vez pensado, creemos que no es necesario el que añadamos nada por nuestra parte en pro de la veracidad del aserto, o sea de que las reformas en nuestra ciencia afecten generalmente a su estructura y requieren una destrucción previa de parte de ésta para proceder seguidamente a la reconstrucción a que nos obliga la nueva norma.

Nuestro aferramiento a la tradición, nuestras constantes alusiones al Derecho Romano o al Derecho Germánico, etc., no son más que una careta, una postura de autodefensa, una resistencia inconsciente, en suma, ante este estado de perpetuo cambio, pretendiendo conseguir así un asidero inmutable, siquiera lo sea sólo en apariencia, para sustituir el que nos falta en el fondo. Pues es cierto que conservamos bastantes instituciones con las apariencias, e incluso con las denominaciones que tuvieron en aquellos Derechos, pero ¡con cuántas alteraciones y con cuántas reformas, tanto en sus esencias como en sus finalidades!

Y a este solo efecto hemos de recordar que, pese a que siempre existirán interpretaciones legales farisaicas por parte de los que pretenden desconocer todo lo que no sea la letra estricta de la Ley, la tónica estructural del ordenamiento jurídico de cualquier Estado no reside en lo que las leyes aparentan, sino en el contenido interno de las mismas, que es la fuente originadora de todos sus efectos, que son los que en definitiva cuentan, pues son estos efectos los que van a regular las relaciones entre las personas o

entre éstas y las cosas, que es lo que constituye la esencia y el objeto de toda relación jurídica.

Por lo dicho, resulta justificadísimo el que pregonemos a grandes voces el centenario de alguna Ley, como ocurre con esta del Notariado, máxime cuando ese hecho revela la agudeza de espíritu de sus redactores que con visión futurista plasmaron en forma eficaz un pensamiento jurídico que conserva pleno vigor juvenil después de sus cien años de vigencia, pese a las considerables alteraciones que se han producido en las costumbres y en las directrices de la sociedad que la vió nacer respecto de la actual.

No es sólo esta alabanza, y ya sería bastante, la que tenemos que hacer a aquella Ley, pues si con ella, y conforme indica su misma denominación, se pretendía organizar un Notariado, al ver hoy los logros conseguidos en ese aspecto, hemos de reconocer que ha quedado acreditada la bondad de la Ley, ya que sus postulados no han hecho surgir sólo un eficiente y prestigiado plantel de fedatarios. sino que con mayor alteza de miras ha conseguido el que éstos ostenten el calificativo de verdaderos profesionales, o sea, de técnicos del Derecho para los que éste no constituye sólo el objeto de su trabajo y el legítimo medio de lograr una necesaria remuneración, sino que llegando más allá, lo han convertido en la finalidad de sus ocios que es lo que caracteriza al verdadero profesional. Diganlo sino esa pléyade de escritores jurídicos, los que con legítimo orgullo sólo añaden a su firma el acreditado adjetivo de Notario.

Todo esto nos hace enorgullecernos de colaborar a este centenario, contribuyendo a él con el interesante tema de que vamos a tratar, que si lo es para todos los juristas, quizá donde tiene una mayor repercusión es en las especialidades de Registros y Notarías.

LA REPRESENTACION

Al tratar de esta materia no pretendemos introducirnos en la frondosa selva de sus aplicaciones prácticas en la que tantos y tan buenos trabajos han aparecido y seguirán apareciendo, sino que vamos a limitarnos al respecto mucho más cómodo de la teoría con su repercusión en el problema de la terminología, en el que si

al realizar su desarrollo entra en alguna cuestión que pueda tener un sentido más o menos práctico, será como se dice respecto de los argumentos cinematográficos: una mera coincidencia.

La evidente realidad de que las normas jurídicas no nacen bajo la égida de un plan preconcebido en cuanto a sus líneas generales, hace el que se legisle y se estudie cada problema o los aspectos de cada institución, pensando sólo en aquel de en que en cada caso se trate sin preocuparse de si constituye o no una parte de un todo mucho más amplio que debería estar formulado como tal y con antelación en sus líneas generales. Por ello las distintas leyes que se van dictando en sucesivas fechas referentes a él, carecen de la armonía que supondría una finalidad predeterminada.

Por esa carencia de plan, es corriente el que el estudioso del Derecho se encuentra con una serie de instituciones que con una apariencia de independencia no constituyen realmente más que aspectos parciales de otra de contenido más general, la cual carece de toda normación legal como tal todo. Y así al pretender construirla y precisarla con los datos que se habían ido dictando sin conexión entre sí, se enfrenta con aquella ardua labor de armonización interpretativa a la que antes aludimos, además de con la no pequeña cuestión que supone la imprecisión en la terminología, que si cabe es aún más difícil, ya que generalmente el uso ha consagrado los términos con una significación que después se nos revela como inapropiada para expresar lo que dentro de cada uno de ellos se pretende comprender.

Estos son los problemas con que tropezamos al adentrarnos en esta materia de la representación. Si bien hay que reconocer que no son privativos de ella, sino que tropezariamos igualmente con ellos en bastantes otras materias en cuyo estudio pretendiésemos introducirnos.

La representación entendida en sentido amplio y precisamente en uno de los varios de los que es susceptible esta palabra en el orden gramatical, consiste en la acción de sustituir a uno o de ponerse en el lugar de éste haciendo sus veces.

Dentro de esta significación, y ya en el campo del Derecho, se comprenden cuatro figuras o materias que no son precisamente idénticas entre sí como: el órgano de representación, la representación propiamente dicha, el mandato y el poder. Siendo así que,

como decimos, se trata de materias bastante especializadas, ya que el primero u órgano de representación, no es más que uno de los elementos de un ente o sujeto de Derecho; la segunda o representación en sentido estricto, constituye una institución jurídica; el tercero, o sea, el mandato, es un contrato, y el cuarto o poder, constituye una oferta para la celebración de un mandato representativo. Y esto sin aludir de una manera expresa a la gestión de negocios ajenos, pues esa materia no nace bajo la égida de la representación, sino que pudiendo aprovecharse con posterioridad de ella, sólo nos llega a la vida práctica de los dos cuerpos de Notarios y Registradores al través de una ulterior escritura de ratificación, la cual constituirá por sí misma un negocio jurídico independiente.

Esta tetralogía nos obligará a elucidar el contenido y la naturaleza de cada uno de sus términos para que, perfilando sus respectivos conceptos y precisando sus respectivas relaciones, podamos evitar las confusiones que son las originadoras de tantas enojosas cuestiones en la práctica.

ORGANO REPRESENTATIVO

Técnicamente nos encontramos aquí con una representación que no consiste precisamente en una acción de sustituir a otro, sino que con este supuesto hemos pasado a otro de los varios significados gramaticales de que es susceptible este polifacético término.

Representación hemos de entenderla aquí como la acción de hacer presente una cosa con palabras o figuras, cosa que generalmente será en el orden humano alguna idea o lo que podemos traducir al jurídico, como una manifestación de voluntad. Por lo que órgano de representación sería el que realizase esa acción.

Debido a este cambio necesario en la significación, si en el campo del Derecho está ya consagrado el concepto de la representación como la acción de sustituir a otro, la de que ahora tratamos hemos de excluirla de forma que no de lugar a ningún equívoco, constituyendo con ella una materia o institución independiente. Para perfilar esta necesaria independencia hemos de iniciar desde bastante atrás la cadena de nuestros razonamientos encaminados

a precisar lo que es y el significado de este llamado órgano de representación.

Efectivamente, si aceptamos con el estadista filósofo sudafricano, SMUTS, al que tanto hemos citado y tendremos que citar en otros escritos el que la teórica del campo ha pasado ya como un axioma desde la esfera de las ciencias fisico-naturales a la de las filosóficas, tendremos que admitir con él que no es posible la vida sin la intercesión entre las personas, interacción que no puede realizarse de una manera directa entre ellos, sino al través de los respectivos campos que cada una origina.

Realmente la persona termina allí donde se inicia el espacio exterior a ella, o sea, en su epidermis, dicho de *grosso modo*; y si nada de estas personas pudiera pasar hacia ese medio exterior, la humanidad estaría constituida por una legión de seres que a nuestros efectos podríamos estimar como si fueran a la vez ciegos, sordomudos y paralíticos. Pero esto no ocurre así con toda evidencia. Algo es emitido por ellos cuyo algo se independiza desde ese instante adquiriendo una entidad propia y siendo este algo lo único susceptible de producir efectos respecto de las demás personas al servir de vehículo al acto personalísimo que le dió vida. Con ello hemos llegado al concepto del campo en el medio humano. Entre él y la persona emisora, existe la misma relación que entre el trozo de hierro imantado y el efecto magnético que lo rodea.

Las personas se relacionan al través de sus campos respectivos, salvo contadísimas excepciones de interacción física entre ellas, la cual no hubiera permitido el que la humanidad hubiera llegado a alcanzar el grado de desarrollo en que se encuentra en la actualidad. Es más, el progreso de la humanidad está en razón directa a la extensión cada vez mayor de que es susceptible cada campo individual, debida a los progresos que permiten extenderlo a los más remotos confines del espacio y del tiempo. Hoy influenciamos y somos influenciados por seres alejadísimos de nosotros en el espacio lo mismo que lo somos por los ya desaparecidos, a la vez que nosotros lo haremos con los venideros.

Pero la persona es un complejo bastante alejado de la idea de simplicidad y sus elementos componentes no contribuyen por igual a todos los fenómenos que en ella se producen. Concretamente, en la creación del campo son únicamente sus órganos de expresión

los que intervienen como vehículos y portadores del estado interno que lo origina; y estos órganos de expresión son a los que impropriamente se los viene denominando como órganos de representación.

La representación así concebida no es, pues, como decimos antes, la acción de sustituir a uno, pues aquí no hay sustitución de ninguna clase, sino más bien el hacer presente una cosa. Concepto este último que pese a ser más apropiado adolece, no obstante, de una imprecisión que es deseable y necesario el hacerla desaparecer, para lo cual hemos de buscar otro término que rotule más apropiadamente el fenómeno de que tratamos. Conclusión que nos obliga a seguir adelante en el estudio de la teoría del campo, así como en el de sus derivaciones.

Si hasta ahora hemos analizado el campo desde el punto de vista activo o emisor, debemos de pasar a hacerlo desde el pasivo o receptor, desde el cual la característica esencial no es otra que la de que éste sería inoperante si no existieren sujetos a los que influir. Sujetos que han de ser beneficiarios de su contenido, haciendo surgir en ellos mediante esta postura pasiva un estado de conciencia recepticia de aquél.

La función del campo se nos revela, así como de relación, siendo él el que informa a todos los sujetos pasivos del estado peculiar del sujeto emisor con cuya acción nos obliga a que debamos y podamos considerarlo como equivalente a información. Información que traslada lo interno de un sujeto a lo interno de otro u otros, por lo que dará lugar a que tengamos que denominar órgano de información al emisor de ella, desechando para él la inapropiada denominación de órgano de representación. Esta denominación de órgano de información engloba así las dos funciones que realmente concurren en él: la activa o emisiva de informar a los terceros y la pasiva o receptiva de recibir la información de los terceros.

Esta denominación es uno de los más acertados logros de la ciencia actual, concretamente de la cibernética, habiéndose nos revelado sus consecuencias como muy prometedoras en todos los órdenes, ya que mediante ella podemos distinguir e incluso personalizar los tres elementos que concurren en las acciones humanas: el formador o conciencia, el emisor o vehículo de aquélla y la información misma o contenido de lo emitido. Cada uno de esos ele-

mentos goza de relativa independencia. Cada uno de ellos puede estar viciado y el averiguar cuál pueda serlo en cada caso, es precisamente lo que constituye la labor del jurista.

Igual apreciación podremos hacer respecto de la recepción, sus elementos y sus vicios; pues correlativamente a aquélla podemos estimar que para ésta se necesita también tres elementos: la información recibida, el órgano receptor que la transmite a la conciencia y la traducción por ésta de lo recibido o formación del estado de conciencia recepticia.

Bajo esta nueva luz apreciaremos con rapidez la falta de sistemática que existe en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los vicios que pueden afectar a cada uno de esos tres elementos. Pues tan defectuoso será, por ejemplo, el elemento formador de la conciencia cuando se encuentre afectado de incapacidad como de falta de madurez o impedido en su funcionamiento, como cuando los datos con que él opere estén falseados en virtud de errores provocados por un tercero. Todos deberían de haber provocado una normación unitaria.

Igualmente podemos apreciar que existirá vicio en elemento emisor tanto cuando el sujeto haya sido forzado a realizar determinadas actuaciones como cuando adolezca de alguna enfermedad que limite o perturbe al elemento emisor en sí. Supuesto tratados hoy con separación.

Finalmente respecto de la información misma, sus posibles vicios entran dentro del campo de la interpretación, de la cual trataremos más adelante.

Por tanto, dentro de una normación más sistemática del sujeto de Derecho, una parte principal de ella podría estar dedicada a estos vicios de cada uno de los aludidos elementos si bien los del último quizá podrían pasar a desarrollarse al estudiar la norma en general, puesto que la interpretación es materia que atañe tanto a la norma misma como a los negocios jurídicos derivados de ella.

Estos fenómenos que ahora ya no es posible ver en su esencia formadora, si bien para su desentrañamiento y estudio sistemático se requerirá aún de bastante esfuerzo, resultaban incomprensiblemente aislados bajo el imperio del concepto anterior de órgano de representación, ya que con él sólo podíamos formular reglas apriorísticas cuyas relaciones se nos escapan.

La razón es lógica, pues si el referido órgano se entendía que representaba o sustituía a la conciencia del sujeto, no era él sino aquella la que actuaba por lo que no podíamos hablar siquiera de desacuerdo entre dos cosas que admitíamos o calificábamos como de una sola. Por otra parte, si lo que pretendíamos indicar con esa denominación era el que lo externo de las personas y lo susceptible de producir efectos respecto a terceros radicaba en dicho órgano al que así calificábamos de representativo, nos encontrábamos en desacuerdo con la realidad, puesto que lo verdaderamente externo al sujeto de Derecho y lo productor de los efectos jurídicos del acto es la información misma, la cual y una vez emitida, se independiza del órgano emisor adquiriendo una substantividad propia.

Es más, ni aun admitiendo que al calificar a este órgano como de representación queramos indicar el que ésta debe de ser entendida en el otro significado, o sea, en el de acción de hacer presente una cosa, resultan explicados todos los fenómenos que hemos apuntado, pues si es cierto que la información cumple esa finalidad al través del que nosotros denominamos órgano u elemento emisor, es también incuestionable que ese hacer presente envuelve la idea de que nos será posible una confrontación entre lo representado y lo querido representar lo cual nos garantice la perfección de la acción y esto sí que ya no nos es posible. El elemento formador o conciencia, queda fuera de toda posible observación respecto de todos los que no sean el propio sujeto emisor y con ello se nos revela como imposible cualquier idea de confrontación.

No es, por tanto, un capricho el repudiar en esta materia el uso del término representación y proponer su sustitución por otro más objetivo y de fácil estudio como es el de información, la cual, si bien presumimos al realizar cualquier análisis de la misma el que ella es reveladora de un correlativo estado de conciencia del sujeto emisor, su exégesis no se podrá fundar en nada relativo al sujeto mismo, sino sólo en el contenido de la información de que se trate, pudiendo llevarse a efecto su interpretación, bien teniendo en cuenta únicamente la analizada o bien relacionándola con otras del mismo sujeto que puedan estar con ella en una situación de mayor o menor interdependencia.

Es así obvio que el clasificar las doctrinas sobre la interpretación de los negocios jurídicos en subjetivas y objetivas no tiene sentido. Lo único existente en la realidad es la objetividad de éstos, objetividad que está representada por la información emitida por el sujeto y que por este mismo hecho de su emisión, o sea por pasar del estado subjetivo de conciencia al de información susceptible de ser apreciada por todos, se independiza del sujeto emisor convirtiéndose, como dijimos, en algo externo a él, dotado de substantividad por sí misma.

Presuponemos y admitimos el que esa información será un trasunto fiel de estado mental del sujeto emisor; pero la confrontación entre la información y lo que con ella presuponemos, confrontación que convertiría aquella presunción en certeza, nos ha sido negada por la Naturaleza como un límite más de los varios impuestos por ella al esfuerzo humano de su desentrañamiento o del desentrañamiento de sus problemas.

Nadie puede entrar en la mente de otro. A lo sumo, sólo podemos intuir cuál puede ser el estado de ella en un momento dado, ya que incluso los inhumanos lavados de cerebro, tan tristemente actuales, sólo permiten apreciar la traducción realizada por el observador de las palabras emitidas por el sujeto observado, pero no el precisar si el significado con que uno y otro las entienden y emplean es idéntico, que sería lo único que posibilitaría la veraz lectura del cerebro puesto en esas anómalas condiciones. No queremos sostener con lo dicho el que a nuestro juicio desaparezca la intencionalidad en los actos humanos, o sea que desliguemos a éstos enteramente de su sujeto emisor, sino que la intencionalidad en la información emitida, o postulado de que el sujeto quería realmente lo que se entiende en lo emitido por él, es una presunción *juris et de jure* basada en que la información emitida pertenece al sujeto emisor como algo propio de él y de lo cual responde.

Así, la interpretación de los actos humanos, y más concretamente de los jurídicos, tendrá que limitarse a la información misma, si bien presuponiendo a éste como reflejo fiel de un estado de conciencia, aunque nunca podremos transponer esa presunción y confundir la información con el estado de conciencia que la motivó; ambos estados son netamente distintos. Y si esa interpretación ha de ser tal habrá de moverse entre dos posibilidades dis-

tintas, que a su vez tipifican las especies de ella que podemos admitir:

Interpretación objetiva, que mejor deberíamos denominar individual, en la cual todas sus actuaciones se refieren sólo a la información o al acto interpretado.

El interpretación subjetiva, o mejor dicho, integradora, en la cual no sólo se tiene en cuenta para realizarla el acto o información que tratamos de interpretar, sino que también acudimos para ello a otros varios del sujeto emisor, ampliando así la base de la interpretación. Con esto pretendemos precisar el sentido y el alcance de cada uno de los componentes de la información analizada al través de otras actuaciones del mismo sujeto que nos permitan inducir cuál sea ese sentido para él, o lo que es lo mismo, que será lo que el sujeto emisor entiende por cada uno de los elementos componentes de la información, para así poder precisar cuál habrá sido el estado de conciencia que analizamos o interpretamos.

Todas las interpretaciones son, pues, objetivas. Con todas se pretende llegar a una mayor precisión en la presunción subjetiva que extraemos de la información u acto analizado. Pero con ninguna de ellas podemos convertir en certidumbre esa presunción, lo cual sería lo único que nos permitiría el denominar como subjetiva a la interpretación que lo consiguiese.

En vista de estos razonamientos, podemos fijar como meta a alcanzar en cualquier clase de interpretación, no la certeza de nuestra apreciación del estado de conciencia del sujeto emisor, que se nos ha revelado como imposible, sino el que la presunción que efectuamos sobre el fenómeno mental productor del acto emitido sea de tal naturaleza que puede ser aceptada por cualquier otro observador del mismo acto de información. De aquí resultan esos colosales errores interpretativos al tratar de interpretar actuaciones de aquellos grupos humanos cuyos estados mentales no son similares a los del nuestro, pues nuestras inducciones, base de la presunción que sentamos como final, están basadas en criterios que pueden ser opuestos a los del sujeto emisor; partiendo de distintas bases ellos y nosotros, nuestros razonamientos podrán cruzarse, pero su meta final será distinta.

Podemos así concluir estos postulados diciendo que lo que en cualquier información emitida por un determinado sujeto es apre-

ciado o entendido por la otra parte contratante, así como por el profesional a quien se le consulte en relación con ella o por el Juez de quien se solicite una decisión, es lo realmente válido para el derecho, el cual desaparecería como tal, convirtiéndose en una entelequia, si hubiera de quedar atenido en su aplicación a la intencionalidad real del sujeto emisor. Podrá llegarse a una conclusión interpretativa del acto o contrato de que se tratase al través de un análisis de éste, bien aisladamente o bien relacionándolo con otros del mismo sujeto emisor, pero siempre se llevará a cabo esta función mediante la objetividad que supone una o varias informaciones emitidas por él, y esas conclusiones serán las únicas que cuentan para el derecho.

A la luz de todos estos hechos, nos resulta ya indiferente el que tanto el órgano emisor como el receptor, en los sujetos de derecho, consiste en una parte que físicamente constituye un todo con él, o constituye algo que esté dotado de una mayor o menor independencia física respecto del sujeto mismo. Ocurre con esto algo muy similar a lo que con las reacciones químicas. Estas se producen mediante enlaces electrónicos, siendo indiferente, o casi indiferente, para su efectividad el que esos electrones reaccionantes pertenezcan a átomos aislados (individualidades simples) o a átomos incluidos dentro de un complejo molecular (individualidades complejas). De la misma forma, la eficacia de la información en el campo del derecho no queda alterada porque ésta haya sido emitida por un órgano de la misma persona física que constituye el sujeto de la relación jurídica de que se trate, como por su mano, boca, laringe, etc., o por los órganos expresivos de un sujeto jurídico más complejo o persona no física (similar a la molécula), del que forma parte aquel a quien corresponden estos sentidos, como ocurre en las personas jurídicas. Tanto en uno como en otro caso estaremos siempre ante un órgano de información y nada más que ante ello.

Fijada así su naturaleza y precisada en armonía con ella la terminología, parece que nos será más fácil el poder abordar en la práctica los problemas de dilucidar cuándo nos encontramos ante un órgano de información directo del sujeto observado y cuándo ante el de otro que sustituye o representa a aquél, pues en el primer caso la relación entre el órgano y la información emitida

será inmediata, en tanto que en el segundo la información que nos llegará no es ya la emitida por el órgano o elemento emisor del sujeto (físico o jurídico) de que se trate, sino por el de otro, representante, que para ello tuvo que ser primero receptor de aquélla, traducirla luego a su propia conciencia y emitirla, finalmente, al través de sus elementos emisores propios. El alargamiento de la cadena conciencia-información recibida es así bastante notable en el segundo de esos supuestos, y esa aparición de elementos intermedios no puede dejar de interesar al derecho, ya que es la originadora de varios y difíciles problemas que él ha tenido que prever y regular.

En las personas físicas, por ser tan virtualmente tangible el elemento informador, no existen apenas problemas, aparte de los entes enumerados. Por el contrario, en las jurídicas, al confundirse o poderse confundir su elemento informador con el de otros sujetos de derecho, especialmente con los de la misma persona física actuante, la cuestión requiere una mayor precisión diferenciadora. La clave radica, a nuestro juicio, en la determinación de si existe o no relación de inmediatidad entre la conciencia y el órgano emisor, pues de no darse este postulado nos encontraríamos ante un supuesto de representación u obrar en nombre de otro en alguna de las modalidades de que después trataremos.

Es para nosotros de gran utilidad en este problema la postura adoptada por casi todas las legislaciones de no estimar como personas jurídicas nada más que aquellas a las que su ordenamiento jurídico reconoce como tales, así como el exigir para ese reconocimiento una serie de requisitos entre los que hemos de destacar a nuestros fines el de que la reglamentación o normación de su vida interna esté determinada con antelación, bien por disposiciones legales, bien por convenciones o bien por ambas conjuntamente.

Debido a ese conocimiento previo, en tanto que en las personas físicas constituye un problema casi insoluble el de precisar cómo son transmitidos los estados de conciencia al órgano informador, así como la forma en que son recibidos por éste, actuando como receptor, a la vez de como son retransmitidos por él a su propia conciencia para formar el juicio; en las personas jurídicas, la cuestión resulta más clara y está dotada de una mayor precisión en casi todos los supuestos, pues ese tránsito ha de ser realizado

ateniéndose para ello a normas predeterminadas, las cuales nos son conocidas en cada caso, normas que, como indicamos, están constituidas por la ley, el convenio escriturario o el convenio estatutario. Todas ellas serán nuestra guía en la materia.

Cuando el compareciente es la persona a quien por ley; escritura o estatutos se le ha calificado como de órgano de información de la persona jurídica, y siempre que lo realizado por él se encuentre dentro del grupo de actuaciones permitidas o atribuidas al mismo por aquellas normas, nos encontraremos ante un órgano de información de la persona jurídica, sea cualquiera la denominación que al mismo se le haya dado.

Del mismo modo, cuando el actuante obre por delegación, no podremos sostener que nos encontramos ante un supuesto de mandato o de apoderamiento si el ejecutor forma parte del órgano cuyos otros componentes han sido los que han realizado la delegación en él, así como cuando el actuante y los que realizan la delegación pertenecen a distintos órganos de una misma persona jurídica, pero estando prevista la delegación por aquellas normaciones, sin que se requiera para ello ninguna decisión al efecto por parte del órgano decisor, o conciencia, que es la Junta de los individuos componentes de la persona jurídica. Delegación no es, pues, aquí sinónimo de mandato, apoderamiento o representación por otro; delegación es equivalente a la decisión subjetiva en la cadena de transmisión de la conciencia al órgano emisor, por la cual la información se emite por éste o aquél de los diversos órganos de que está dotada la persona de que trate, en una forma similar a si en la persona humana individual se opta por la expresión oral o por la escrita, ambas propias de distintos órganos de la misma persona.

No terminan con lo expuesto las dificultades que se nos pueden plantear al estudiar cualquier decisión concreta del órgano informador, pues, resuelto el problema de si nos encontramos o no ante uno de los típicos de él, aún hemos de resolver en estas personas jurídicas si la decisión ha sido formada por aquel a quien le corresponde, ya que, a semejanza de las personas físicas, el elemento conciencia es independiente del elemento información. Y si bien en éstas tenemos que sentar la presunción *juris* de que la información procede del sujeto y es correlativa a un estado de conciencia

interno del mismo, el cual no podemos analizar, en las jurídicas, los estados de conciencia tienen una realidad externa suficiente para que podamos llevar este análisis hasta su consecuencia final, a la formación del acto de conciencia. En lo cual nos servirá también de guía la ley, la escritura o los estatutos, con todo lo cual podremos hacer una exacta calificación de si el que hemos de juzgar—el estado de conciencia—correspondía en su formación al mismo órgano de información que lo pone de relieve al actuar o a otro órgano propio y distinto de él, así como si se han cumplido los requisitos exigidos para él según su clase.

Hasta aquí hemos expuesto los varios supuestos en que el actuante era uno de los órganos de información del sujeto de derecho, pero la misma importancia reviste el analizar cuando no estamos precisamente ante uno de estos supuestos, sino ante el de representación o mandato. En cuyo extremo podemos decir que cuando la actuación de que se trate no resulte atribuida a ninguno de los órganos designados en las normas que rigen la vida de la persona jurídica, así como cuando lo está con carácter de exclusiva a uno distinto de aquel del que forma parte el compareciente, o cuando este último no forma parte de ninguno de los previstos como de información en las referidas normas, estaremos ante un caso de representación voluntaria con las consecuencias que de ello se derivan para la calificación e incluso para la aportación a ella de los documentos complementarios oportunos.

Se ha sostenido por algunos que el criterio de distinción para precisar si nos encontramos ante un caso de intervención del órgano de información de la persona jurídica o ante uno de representación voluntaria, es más simplicista, pues bastará para ello con que nos atengamos a precisar si las facultades del compareciente estaban o no inscritas como propias de él en el correspondiente Registro Mercantil. Pero este criterio sólo podrá conducirnos a errores que viciarán el documento.

La razón es sencilla. Basta recordar para ello que, salvo en los casos de poderes concedidos para un negocio determinado, así como en los generales para pleitos, en todos los demás supuestos estaremos ante una necesidad de inscripción previa en dicho Registro, en la misma forma en que lo es el nombramiento y las facultades de los Administradores, Consejeros, etc. Resultando con

esta exigencia el que el simple dato de la inscripción no nos pondrá de relieve por sí solo si el compareciente es alguien que forma parte de uno de los órganos de la persona jurídica o si, por el contrario, es el mandatario de alguno de ellos.

Está, pues, justificado el que repudiamos el criterio aludido, conservando sólo como admisible el que hemos indicado primeramente.

REPRESENTACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.

No hemos de entrar en la exposición de la naturaleza ni del concepto de esta institución, una de las finas del Derecho, pues todo ello es de sobra conocido; pero sí hemos de analizar un principio que no por menos evidente deja de ser olvidado con facilidad. Nos referimos al de cuál sea el contenido de la representación.

De las dos facultades atribuidas a los sujetos de derecho, las de poder ser tenedores de éstos y la de poder ejercitarlos, la representación sólo puede referirse a ésta última; la cual comprende, a su vez, otras dos, generalmente no precisadas en la doctrina y en la práctica forense, pero que a nosotros nos interesa destacar y separar con precisión: la de decisión y la de actuación. Con lo que nos fijaremos en cuáles de esas tres pueda o deba incluirse en la representación en sentido estricto.

La afirmación de que la representación no comprende la capacidad de derecho, o sea la de que esta capacidad permanece siempre adscrita al sujeto representado como inseparable de él, se funda en que ella es consustancial con el sujeto, sin ser susceptible de transferirse a otro, pues nadie es capaz de derechos por otro. Lo que sí es susceptible de traspasar a otro, sin quebrantar la estructura del sujeto de derecho, es la facultad de ejercicio de los derechos, que pueden serlo así en nombre de él o por él.

Este principio, como todos los que en cualquier instante histórico han limitado alguna actividad de los sujetos, ha pretendido ser burlado al través de una ficción: la de la persona interpuesta. Quien no tenía capacidad para ostentar un derecho pretendía conseguirlo mediante el subterfugio de llevarlo a efecto al través de otra persona que goza de esa capacidad. Actuación esta que por su anti-juridicidad ha tenido que ser sancionada con reiteración por las

varias legislaciones, tanto en una forma positiva como en una negativa. En lo primero, anulando las situaciones de esta índole en las que si bien las apariencias resultaban ajustadas al Derecho, la realidad se revelaba como encaminada a vulnerar la prohibición. En lo segundo, negando toda acción al que pretendía beneficiarse de esa interposición de persona para poder actuar válidamente contra la persona interpuesta.

Lo fundamental en estas situaciones, a los efectos del presente, es el distinguirlas del mandato no representativo o mandato con representación no aparente con quien pueden ser confundidas en apariencia. La clave para esa diferenciación la encontramos en la idea de la representación.

La relación mandante-mandatario del contrato indicado se encuentra inmersa dentro del concepto de la representación o del obrar en nombre de otro, pero de otro que tiene capacidad para obrar por sí mismo; y sin que a estos efectos nos interese relación mandatario-tercero, pues cabe perfectamente el que dentro de la tónica del mandato puede ser ésta representativa o no representativa. En tanto que en los casos de la persona interpuesta, si bien entre ella y los terceros podrá darse una situación análoga a la del mandato con representación no aparente, no se dará, por el contrario, supuesto alguno de representación entre la persona interpuesta y aquella para la cual se posee el derecho, ya que si legalmente no puede darse ninguna relación de inmediatividad entre el sujeto y el derecho de que se trate, mal podrá sostenerse el que en esa función tan jurídica pueda ser sustituido por otra persona; a lo sumo, sólo podrá surgir entre estos sujetos algún deber de orden moral, al que mejor deberíamos de denominar ético, ya que por regla general, y salvo honrosas excepciones, no se desenvolverán estas situaciones precisamente dentro del campo inminente de la moral.

Es cierto que esta figura ha servido para evitar o paliar persecuciones injustas contra ésta o aquella entidad en algún momento de la Historia, pero fuera de esos casos comprendidos plenamente dentro del campo de la moral, son mucho más numerosos los verdaderamente amoraes, como ocurría, por ejemplo, en la época de tránsito en la abolición de la esclavitud, cuando prohibida sólo en algunos países la tenencia de esclavos por los nacionales de

éstos se realizaba al través de súbditos de aquellos otros en los que aún se le reconocía. ¡Y para qué seguir con los ejemplos demostrativos! Estos están en la mente de todos, y ellos justifican plenamente las medidas legislativas encaminadas a sancionar esta anormal figura jurídica.

Este es el verdadero concepto de la persona interpuesta, el cual deberemos tender a que no sea utilizado en ningún otro sentido que pueda desvirtuarlo, pues, debido a ello, algunas alusiones legislativas son susceptibles de originar ciertos equívocos que no es deseable que aparezcan. Por esa causa, propugnamos una utilización más precisa del término, escogiendo otro para aquellas situaciones que superficialmente puedan parecer análogas a ésta, pero que realmente están netamente diferenciadas si ahondamos en su naturaleza y efectos, como ocurre con los negocios fiduciarios, en los que impropriamente se han incluido algunos casos de persona interpuesta.

Analizada con lo expuesto aquella parte de la relación jurídica que no es susceptible de ser incluida en una representación, por ser inseparable del sujeto, podemos ya hacerlo de los otros elementos de la misma, a cuyo efecto debemos de partir de la división o clasificación de los diversos componentes que se engloban en la institución que comentamos.

La representación es dividida tradicionalmente en las dos especies de legal y de voluntaria, y esta terminología tan consagrada se nos revela como inapropiada para una rotulación científica de cada uno de los grupos comprendidos en ella, pues tanto en uno como en otro se dan supuestos basados en la ley y en la voluntad de los sujetos de derecho. Así vemos que no se puede decir con propiedad que sea todo legal en la representación de un incapacitado mediante un tutor y un Consejo de familia designado por el padre en su testamento; ni, por el contrario, resulta enteramente voluntaria la representación que del tercer poseedor de la finca hipotecada se realiza por el acreedor en los supuestos permitidos de la ejecución extrajudicial de la hipoteca ante Notario.

Como denominación más caracterizadora de cada uno de los grupos proponemos la de representación suplida y representación diferida. Con lo que evitamos toda diferencia entre el significado gramatical y el jurídico de ambos vocablos, lo cual deberá ser

una finalidad primordial a la que debemos tender en todos los casos que nos sea posible.

La significación de ambos términos es obvia. Con la denominación de representación suplida, queremos indicar que en los casos comprendidos en ella se trata de dar o de suplir el órgano informador o capacidad de obrar de que carece el sujeto de derecho de que se trate. En tanto que con la diferida, indicamos claramente que este órgano existe y está en pleno vigor en el sujeto, por lo que lo pretendido con ella no es otra cosa que la transmisión de esa facultad a otro, mediante un acto emanado en ese sentido del mismo sujeto que va a ser representado.

No existe en la doctrina o en la legislación una concepción unitaria respecto de la representación suplida, ni es fácil siquiera el intentarla dado el extraordinario número de particularidades que presentan los distintos supuestos incluidos dentro de ella, ya que, o se caería en el casuismo o, por el contrario, habría que dársele un carácter tan generalizado que la convertiría en una doctrina imposible de aplicar a los distintos casos que se nos presentasen.

A este efecto, no tenemos más que pensar en la gran diferencia que existe entre el Interventor de una suspensión de pagos y el representante del concebido. El primero, y según sentencia del Supremo que hemos comentado en otro lugar, parece concebido casi como un tutor del patrimonio, pero de un patrimonio despersonalizado, sin poderlo estimar en ningún modo como un representante nombrado en interés del suspenso o en el de los acreedores. En tanto que el segundo constituye un verdadero representante de un sujeto de derecho dotado de las más amplias facultades posibles en este aspecto. Situaciones tan opuestas nos impiden realizar cualquier generalización de funciones que pudiera servir para la construcción de una doctrina que englobase a todos los supuestos.

Sin intentar, pues, una generalización, y sólo como sugerencia para un estudio más detallado de la cuestión, imposible de llevar a efecto dentro de la brevedad de una conferencia, indicaremos sólo la posibilidad de que esta doctrina deberá ser conectada con la relativa a los sujetos de derecho y de la cual hemos tratado en anterior trabajo dedicado a la Nueva Regulación del Registro Mercantil. Siguiendo esa tónica, podemos sintetizar la cuestión en los siguientes extremos: Si se es capaz de derecho y de obligaciones

cuando se tiene la cualidad de sujeto de derecho; si para ser reconocido como tal por el Ordenamiento jurídico se necesita, a su vez, el que el sujeto de derecho, sea cualquiera el que consideremos, es necesario que el mismo esté dotado de una conciencia dirigida hacia un fin, y, finalmente, si para que sea posible, esa actuación de la conciencia hacia un fin será indispensable un órgano informador de ella hacia el mundo exterior, u órgano de emisión, que, como ya dijimos, es denominado impropriamente por la doctrina órgano de representación. La simple enunciación de esos postulados hace ya el que podamos apreciar con facilidad qué es lo que se puede y qué es lo que se debe incluir dentro del contenido de cualquier representación suplida o legal de entre todos los elementos anunciados.

Desde ese punto de vista, podemos afirmar, en primer lugar, que dentro del contenido de toda representación suplida no podrá incluirse nunca la capacidad de derecho (como antes sostuvimos), pues si bien es concebible la existencia de personas que, teniendo los requisitos para ser estimadas como tales, no son sujetos de derecho por carecer del reconocimiento de éste, ya que él es indispensable para la atribución de la capacidad de derecho a los entes que reúnen todos los requisitos para ser estimados como tales; es cierto que sólo lucubraciones doctrinales conciben la posible existencia de derechos sin sujeto. Se será o no sujeto de derecho, pero si se es se tendrá plena personalidad o capacidad como tal, ya que sólo podemos estimar sujetos de derecho a aquellos entes a los que la ley les reconoce dicha capacidad.

Por ello, la capacidad de derecho aparece como un atributo inseparable de la cualidad de sujeto de derecho, el cual, repetimos, no constituye un término equivalente al de persona, sino que ambos conceptos constituyen dos círculos concéntricos de distintos radios; así nos lo confirmará la idea de que si pudiéramos separar la capacidad del sujeto de derecho de que tratemos para transferirla a su representante, aquél perdería inmediatamente su carácter de tal para pasar a constituir un ente con los requisitos propios para ser sujeto de derecho, pero sin llegar aún a este estado. Sujeto de derecho, insistimos, es el que es capaz de ellos; privando a alguno de esta capacidad le habremos despojado juntamente con ella de esa cualidad de sujeto de derecho.

Con bases en las mismas ideas, hemos de admitir, por el contrario, que el órgano informador ha de ser siempre objeto de la representación suplida, o, lo que es lo mismo, contenido de ella, ya que si el sujeto pudiera actuar en derecho por él mismo, no nos encontraríamos ante un caso de representación suplida o legal, sino ante el de la deferida o voluntaria.

No es obstáculo para esta concepción el que en ciertas especies de representación suplida, como en la prodigalidad, etc., no se transfieran al representante todas las funciones posibles del órgano de informador del sujeto representado, pues no es de esencia de la representación el que ésta tenga que ser siempre total o de todas las facultades de actuación del representado, sino el que ella le venga impuesta al mismo desde fuera y respecto de aquellas facultades de actuación que él no puede ejercitar por imposibilidad o por prohibición legal. Por ello ha sido y será normal el que la representación suplida o legal pueda comprender más o menos facultades de actuación del sujeto de que se trate, pudiendo llegar a comprender a todas las posibles que no se refieran a derechos personalísimos.

Esta última afirmación nos da la pauta para cercenar de la representación suplida algo más, aparte de la capacidad de tenencia que al principio excluimos: el ejercicio de los derechos personalísimos. Afirmación tan obvia que podemos omitir su demostración.

Sentados los anteriores postulados, llegamos al nudo gordiano en esta cadena de razonamientos, o sea a la conciencia. Respecto de ésta hemos de decidir si queda o no en el sujeto representado; si este retiene o no la facultad de decidir.

No podemos concebir la representación suplida como transferida sólo de la facultad de ejercicio. Al que es total o parcialmente incapaz se le suple esta incapacidad absoluta o relativa con un representante, no ya porque no puede actuar, que en bastantes supuestos puede ocurrir así evidentemente, sino porque no pueda decidir o no se quiere que él decida (el pródigo).

Pero no es ello el centro de la dificultad; la facultad de decidir se halla, pues, contenida siempre en la representación suplida o legal. La dificultad radica en que en esta representación no se identifica la facultad de decidir, o conciencia, con la de actuar,

u órgano de información, y así ocurre que el representante legal es recipiendario siempre de la facultad de ejercicio o de información, pero respecto de la decisoria o de voluntad la comparte con otros órganos a los que le está atribuido siempre, o bien sólo en cuanto a determinadas actuaciones. Esto lo podemos apreciar en números supuestos, de los que como más destacados podemos citar el del menor sujeto a la patria potestad, en el que si bien, y por regla general, su representación corresponde al padre o a la madre, en cuanto al órgano de información o ejecución, respecto al de conciencia u órgano decididor le está atribuida en unos casos al mismo representante y en otros al Juez. Y lo mismo podemos apreciar en los casos de tutela, en los que las facultades decididoras que están atribuidas al órgano de información, o sea al tutor, son mínimas, estándolo en su casi totalidad a otro especial, el Consejo de familia, que así deberá ser concebido, no ya como un órgano de vigilancia solamente, sino, además de ello, y con carácter principal, como el de expresión de la voluntad del representado.

Que la dificultad en todos los casos de representación suplida estriba en la determinación de cuál sea el órgano al que se le ha atribuido la facultad decisoria o conciencia y no respecto a quien sea el que ostenta la ejecutiva u órgano de información, es cosa que habréis apreciado con reiteración en numerosísimos casos que la práctica jurídica os haya planteado. Lo difícil en todos ellos no fué precisamente para vosotros el determinar quién ostentaba la facultad de ejercicio, sino el precisar quién la tenía y la ejercitaba en el orden de la voluntad o conciencia decididora del acto o contrato que se os presentaba, como asimismo el determinar si, en la formación de esa decisión, habían concurrido o no los requisitos exigidos por la legislación para ese caso. El padre, el tutor, etc., eran siempre los órganos de información que se os presentaban, los órganos que suplían la falta de actuación del sujeto representado, pero cuando indagabáis quiénes eran los órganos de la conciencia, os encontrabáis con que unas veces lo era el Juez, otras el Consejo de familia, etc.

Casi todos los problemas de calificación notarial, y de la subsiguiente calificación registral, se refieren a ese extremo, y esto es cosa que no debe perderse de vista. Por ello ha de estudiarse con miras a esa consideración lo distinto que resultará todo el

enfoque, así como toda la construcción doctrinal, de algunos supuesto anormales de representación suplida o legal, como son entre otros el de la mujer casada, los cuales, y a la luz de esa idea, tendríamos que desgajarlos necesariamente de este grupo de la representación suplida para atribuirlos a otro en el que se reúnan dos ideas: de una parte, la de la representación voluntaria, en su modalidad de presunta o de tácita, y de otra una transmisión a la sociedad conyugal de ciertas facultades en orden al dominio, todo lo cual y en virtud de la esencia misma de esta sociedad conyugal, y como tal sociedad, pasaría a ser ostentado por su representante oficial según la ley. Esta postura de repudiar la inclusión de la mujer casada dentro de la representación suplida o legal, por estimar que, tanto respecto del uno como del otro cónyuge, se le debe atribuir, en su caso, esa transferencia de facultades y de representación voluntaria a la sociedad, y por conducto de ella a su representante en el instante de que se trate, reforzaría la postura doctrinal que estima a esta sociedad conyugal como una modalidad típica de ellas y en la que los socios son ambos cónyuges, siendo su órgano de información y de decisión uno u otro de éstos, según los casos.

De adoptarse esa postura jurídica, sería obligada una revisión fundamental de la parte de nuestro Código civil dedicada a la materia; revisión que se haría desaparecer toda normación especial respecto de la mujer casada para sustituirla por otra en la que se regulasen los derechos y las obligaciones de los socios con la sociedad y de ésta con ellos en las distintas modalidades admisibles como la de gananciales, separación, comunidad, etc., y cuyas normas obedecerían al criterio de un socio representante y otro coadyuvante sin que afectare a esa situación cuál pueda ser uno u otro en los diversos supuestos y en las diferentes circunstancias que aun dentro de una misma especie de esta sociedad pueden presentarse durante el transcurso de su ejercicio.

CONTRATO DE MANDATO.

Con este contrato ha tenido lugar uno de los tantos parricidios jurídicos que podemos apreciar en instituciones de este orden. El hijo ha matado al padre, pues hoy resulta casi despreciable el

número de contratos de mandato que se celebran en la práctica frente al cuantiosísimo del de su descendiente el de poder.

La situación de este contrato ha evolucionado en el sentido de pasar a constituir un contrato accesorio en la casi totalidad de los supuestos que se presentan fuera de aquellos en los que su originación se lleva a efecto al través del poder en tal forma, que han surgido serias dificultades para diferenciarlo de los que con tanta frecuencia aparece unido como acontece con el de arrendamiento de servicios, así como de aquellos otros con los que ha llegado a formar una figura compleja que ha motivado el que sea estimado por la doctrina, e incluso por el legislador, como figuras típicas que participan a la vez de los derechos, obligaciones y naturaleza de uno y otro de los dos contratos que lo forman según podemos ver en la figura del factor en la legislación mercantil.

No nos interesa ahondar en esta materia, pues ello equivaldría a estudiar los múltiples contratos con los que aparece unido o de los que constituye uno de sus elementos esenciales; como, asimismo, no nos interesa tampoco el distinguir dentro de él entre el representativo y el no representativo, a los que como indicamos antes debemos denominar con una mayor precisión terminológica, mandato con representación aparente y mandato con representación no aparente, puesto que tanto en una como en otra especie, la representación existe siempre, o no se dará el mandato, ya que ésta constituye su esencia radicando por ello la diferencia entre ambas clases en si es revelada al tercero con quien se contrata para otro o si permanece oculta para él para quien aparentemente no existirá mandato, pero viva y real entre el mandante y el mandatario que son las dos partes esenciales en este contrato.

Sólo vamos a indicar como de interés para el objeto del presente, que como ya hemos dicho en otra ocasión, que la imprecisa frontera entre el contrato de que nos ocupamos y el de arrendamiento de servicios parece encontrarse en la finalidad a la que uno y otro van encaminados. El mandato sólo puede ser concebido como dirigido a crear una relación jurídica futura con un tercero, entendido éste en su sentido civil y para cuya consecución nace precisamente el contrato, en tanto que esa finalidad es completa-

mente extraña al arrendamiento de servicios. Por ello, si el contrato que hemos de calificar no va encaminado a relacionar jurídicamente al mandante con un tercero, bien lo sea al través de una relación directa derivada de un mandato con representación aparente o bien mediante la indirecta del de representación no aparente, no nos encontraremos ante un contrato de mandato, sino sólo ante uno de arrendamiento de servicios. Por el contrario, cuando se de esa premisa, por muy oculta que aparezca bajo la capa de otras estipulaciones, nos encontraremos indudablemente ante un mandato sin que opte para ello el que junto a él o como estipulación principal al mismo, exista otro contrato como el de arrendamiento de servicios, etc., contrato que quizá constituya la parte más importante de la estipulación, pero que no por ello absorberá al de mandato, sino que a lo sumo producirá el efecto de que por la reunión de ambos se de lugar a otra figura propia y distinta de uno y otro.

PODER.

Sentimos no poder participar de la opinión sustentada por esas modernas lucubraciones que pretenden dar al poder una substantividad y una independencia de la que a nuestro juicio carece. Somo reacios a toda construcción particularista y artificiosa por mucha altura doctrinal que ella contenga. Creemos, por el contrario, que en todos los fenómenos debemos indagar sus verdaderas esencias, pues cuando esto se consigue apreciamos la sencillez última de casi todas las ideas fundamentales sin perjuicio de que esta sencillez se complique al ir la desarrollando a través de todas las ramas y derivaciones de que es susceptible hasta llegar a sus terminales prácticos.

Estamos persuadidos de que con la doctrina sobre la oferta y con la del mandato con representación aparente o mandato representativo, tenemos elementos sobrados para construir toda la doctrina jurídica relativa al poder, así como para explicar todos los efectos e incidencias de él, que es precisamente lo que se le exige a toda hipótesis para ser admitida como tal en el orden científico sin tener que acudir para ello a explicaciones e institucio-

nes jurídicas que no derivan en modo alguno del tronco común de la representación, tronco al que sin duda alguna pertenece el poder. Y con este exordio podemos pasar ya al estudio de la materia.

Para nosotros, el poder es aquel documento más o menos solemne en el que se recoge una oferta de contrato de mandato representativo emitida por el mandante.

Como tal oferta, y según ENNECERUS, no constiuye acto preparatorio alguno, sino declaración contractual que sólo puede estimarse como tal oferta si el contrato al que va dirigida puede quedar cerrado con la sola aceptación de la otra parte y sin necesidad de ninguna declaración ulterior por parte del oferente. Y esta premisa que tipifica a las ofertas, o sea, la de no requerirse el conocimiento ulterior por parte del oferente de la aceptación de ella para que el contrato quede perfecto, se da plenamente en el poder sin que nunca se haya discutido su existencia. Así, pues, nos encontramos ya en posesión de una primera nota confirmativa de nuestra definición del poder como oferta de contrato emitida por el mandante.

Pasando de la oferta a la aceptación, vemos que la del poder es susceptible de realizarse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, si bien la más general es la tácita y esta libertad en la forma de la aceptación, e incluso la posibilidad de que ella sea tácita, está plenamente de acuerdo con la postura de nuestro Código civil respecto del contrato de mandato, ya que tanto éste como la doctrina científica admiten para su perfeccionamiento cualquier clase de aceptación, inclusive la tácita a que hemos aludido, confirmándose con ello otro extremo de la definición y de la hipótesis sobre la naturaleza del poder de estimarlo como oferta que, por ende, no requiere forma especial de aceptación ni el que ella tenga que ser conocida por el oferente para la perfección del contrato.

Pero aún llegan a más las concordancias, pues siendo admisible legalmente el mandato mixto, o sea, aquel que siendo expreso por parte del mandante, es tácito por la del mandatario, y cuya aceptación tácita se puede revelar mediante actos del referido mandatario, esta modalidad del contrato de mandato está perfectamente de acuerdo con las incidencias formativas del con-

trato que se dan corrientemente en los poderes. Y así quedan éstos encuadrados plenamente dentro de aquéllos sin requerirse para ello ninguna especialidad que nos obligue a formar una sub-especie a fin de recoger en ella a los contratos de mandato derivados del poder.

Si pasamos a analizar la forma que puede revestir la parte expresa de ese contrato de mandato mixto, o sea, la oferta del mandante que nosotros identificamos con el poder, también podemos apreciar la gran variedad de ellas que se admiten tanto por la doctrina como por las legislaciones. Por ello, y dado que el poder sólo puede ser estimado como tal si reviste la forma documental, tanto si este documento es público como si lo es privado, esta variedad de formas se encuentran a su vez comprendidas dentro de las admitidas para el mandato, con lo cual volvemos a tener un dato más de concordancia entre ambas instituciones que viene a reafirmar la hipótesis aludida.

Hasta ahora esta hipótesis sobre la naturaleza del poder no ha tropezado con ningún escollo, con lo que se nos revela como plenamente aceptable. Vamos a pasar a estudiar sus efectos para poder asegurarnos con esta última confrontación de su certeza o de su imposibilidad, pero sin que para ello necesitemos hacerlo de todos ellos, sino sólo de los más destacados de esta institución.

Confirmar es revalidar lo ya aprobado. Ratificar es, por el contrario, aprobar una cosa. Estos dos términos tienen, como no, varios significados, pero los expuestos parece que son los consagrados en el ordenamiento jurídico y los adoptados definitivamente por el Tribunal Supremo en varias sentencias que se iniciaron con la de 14 de diciembre de 1940. La confirmación supone, pues, un contrato que mediante ella queda liberado de algún vicio, en tanto que la ratificación implica una actuación que eleva a contrato lo que hasta ese instante era sólo un negocio jurídico en estado de suspensión. Al ratificar, aprobamos; al confirmar, damos valor o más valor a lo ya aprobado antes.

La importancia fundamental de esta distinción radica sobre todo en sus efectos y más concretamente en los retroactivos; pero retroactividad que no hay que contemplar desde el punto de vista de las partes, sino desde el de los terceros, ya que para las partes la cuestión no debe de plantearse ni menos aún la distin-

ción, pues si entre ellas es posible incluso el poderla pactar en cualquier contrato en el que no esté impedida por su propia naturaleza, no habrá inconveniente en admitirla plenamente tanto en los supuestos de ratificación como en los de confirmación. Por ello hemos de centrar nuestro estudio en su análisis respecto de los terceros.

No basta esa concreción para iniciarlo; aún hemos de precisar más, pues la cuestión no podemos plantearla sólo frente a terceros, sino que hemos de hacerlo también en vista de la institución del Registro de la Propiedad, el cual no podemos olvidar tiene por objeto el recoger los diversos actos de la vida jurídica de los Derechos reales sobre los bienes inmuebles que estén revestidos de las formalidades apropiadas para ello tanto por su forma como por su fondo.

En esta búsqueda hemos de sentar aún otra afirmación. Si aludiendo a la posibilidad de que puedan ser ratificados los contratos celebrados por personas que no estaban autorizadas para realizarlos y a los que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.259 del Código civil, se dijo por el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de enero de 1945, que el negocio jurídico a que la ratificación se refería no constituía un acto inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinando a una *conditio juris*. Hay que deducir, y asimismo lo deduciríamos sin esa jurisprudencia, que ese negocio estaba subordinado en cuanto a su nacimiento a que se realizase un hecho suspensivo no a una condición de esa naturaleza. Por esto la retroacción originada por su ratificación no podrá afectar más que a la partes, pero nunca a los terceros. Y así se dijo por ese mismo Tribunal en sentencia de 25 de junio de 1946, que la retroacción es inaplicable a los terceros que hayan podido surgir interin y no haya sido realizada la ratificación, e incluso sostenía el que se podría desistir del negocio por la parte contratante que no tenía que ratificar en tanto que ésta no se hubiera llevado a efecto.

En relación con el Registro, la cuestión es aún más clara. El Código civil exige para la adquisición de los Derechos reales la concurrencia del contrato y de la tradición, la cual no se habrá podido realizar ni aun en la sencilla forma de la instrumental en todos aquellos casos en los que se requiera una ratificación, pues

no hay que olvidar que *nemo dat quod non habet*. Y si se nos dijese que esa afirmación es sólo válida respecto de aquellos contratos en los que la ratificación que se precisa es la del transferente, podríamos rebatir con facilidad el argumento, para lo cual nos bastaría observar el que el elemento pasivo de la tradición, o sea, la adquisición de la posesión, no puede darse en los supuestos en los que la ratificación que se requiere sea la del adquirente, pues sin ésta no puede darse la posesión y, por tanto, menos aún la tradición misma, ya que el artículo 439 del Código civil es claro al respecto al sentar el criterio de que la posesión adquirida por un tercero sin mandato alguno para ello no se entiende adquirida hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio la ratifique. Y si no se puede adquirir sin ella la tradición basada en el hecho de la posesión, menos aún podremos sostener el que dicha tradición ha tenido lugar mediante la ficción del otorgamiento del contrato por instrumento público.

No olvidemos en este punto que la tradición instrumental es una tradición presunta o *iuris tantum* y que en esta forma de presunción está recogida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria; pero tampoco es que esta presunción no puede nacer cuando se deduce del mismo documento el que falta la tradición real. En consecuencia, al no haber podido surgir la tradición, no podrá recogerse este contrato en los libros del Registro, pues con ello se le daría una protección, la de presunción de la posesión por el titular inscrito, que estaría en pugna con la realidad y precisamente con una realidad que no es desconocida por el funcionario calificador.

En conclusión podemos decir que si aún habiendo surgido el negocio jurídico no existe el contrato como tal antes de que se haya efectuado su ratificación, si no ha sido posible transmitir sin ésta el Derecho real, ¿cómo podrá afectar esta situación a un veterano?, y ¿cómo podrá calificarse este defecto si no es como de insubsanable?

Analizado el alcance retroactivo de la ratificación, hemos de hacerlo ahora en cuanto a la confirmación; pero para ello conviene distinguir previamente los distintos supuestos de confirmación que pueden presentárenos en relación con la doctrina

sobre el poder, ya que es él el objeto de todo lo que ahora exponemos.

En los contratos celebrados en nombre de otro, pueden concebirse los siguientes supuestos: que no exista poder, que la actuación del apoderado se haya realizado con extralimitación en las facultades que en él se contienen, que el poder haya adoptado una forma inapropiada para el otorgamiento del acto o contrato de que se trate, y que no se haya acreditado el poder en cuya virtud se opera.

De esos cuatro supuestos hemos de desechar el último por no constituir realmente problema alguno propio, ya que en él no procederá nunca una ratificación o confirmación, sino simplemente la presentación del poder alegado con la confrontación de su contenido respecto a las facultades ejercitadas por el apoderado, o sea, una confrontación entre lo actuado y lo autorizado para actuar y cuya confrontación liberará al contrato de todo posible vicio o en otro caso nos pondrá de relieve una situación cualquiera de las incluidas en los otros tres supuestos.

De los tres restantes, el primero y el segundo podemos considerarlos como uno solo a los efectos del presente, pues si bien en el orden procesal pudiera tener importancia el mantener la distinción, no ocurre lo mismo desde nuestro punto de vista.

En definitiva podemos sintetizar en dos los casos planteados: el de inexistencia de poder respecto al acto o contrato de que se trate, tanto si esa inexistencia procede de su falta total como si lo es por la falta de facultades del apoderado respecto de las ejercitadas por él. Y el de poder extendido en forma inapropiada en atención al acto o contrato de que se trate. A su vez hemos de señalar que por estar comprendido el primero de estos supuestos dentro del grupo de los actos necesitados de ratificación de que antes hemos tratado, nos queda sólo por hacerlo del segundo en el que deberemos estudiar los efectos retroactivos de la confirmación.

Si por la aceptación tácita del apoderado derivado de los actos realizados por el mismo, queda perfeccionado el contrato de mandato cuya oferta consistió en el otorgamiento del poder por el poderdante y si tenemos en cuenta que el contrato de mandato es consensual, deduciremos fácilmente que el acto o contrato rea-

lizado mediante un poder cuya forma es inapropiada para ello, será un acto o contrato plenamente válido salvo por la forma. En él no se necesitará ninguna subsanación de algún vicio originador de una anulabilidad, salvo en los escasos contratos formales existentes en nuestro Derecho, sino que bastará simplemente con que se eleve a público el documento privado en el que constaba el poder. Elevación a la que puede ser compelido por la otra parte contratante, según doctrina consagrada por reiteradísima jurisprudencia referente al contenido del discutido artículo 1.280 de nuestro Código civil. Y sin que debamos olvidar que así como es posible la existencia de un contrato de mandato verbal al referirnos al poder hemos dicho que éste, y para tener el carácter de tal debería de constar de algún documento, por lo que siempre cabrá el que el mandato quede al nacer como susceptible de la elevación a público de que hablamos.

En vista de esas consideraciones no nos parece ya procedente el hablar de retroactividad de ninguna clase, sino de eficacia contra tercero del documento privado comprensivo de él, sobre todo en cuanto a su fecha, con las consecuencias legales que de ello se derivan. Con lo cual, y si el documento privado en que se recoge el poder ha sido protocolizado al actuar con él, pongo por caso, nos encontraremos con una fecha fehaciente respecto de terceros en armonía con lo que sobre este punto se sienta por nuestro Código civil.

Que esto no sea así respecto del Registro de la Propiedad, no es bastante para invalidar el razonamiento, pues ya sabemos que para él y por regla general, no rige en cuanto a las fechas, las normas civiles en toda su integridad, sino que atendido al principio de prioridad, la eficacia y preferencia entre varias de ellas sufre o puede sufrir un cambio según cual sea la del acceso al Registro, que es la que para dicha institución tiene la preferencia casi absoluta.

Como ineludible consecuencia de la oposición entre esas dos legislaciones respecto de la fehaciencia de las fechas en relación con los terceros de uno y otro orden, o sea, entre el civil y el hipotecario, tendremos el hecho de que solemnizada la fecha del documento privado comprensivo del poder por su protocolización, incorporación e incluso transcripción en el documento público

que de él se derive, esa fecha producirá plenos efectos respecto a los terceros del orden civil, efectos que adquirirán su plenitud cuando se lleve a efecto su autentización en tanto que aquella fehaciencia será indiferente en el orden hipotecario, pues para él se requerirá algo más, o sea, el que el poder revista la forma pública que en general es obligada para tener acceso al Registro cualquier documento.

Así no podemos hablar de retroacción de la confirmación, sino de efectos contra tercero del documento privado. Ni tampoco podemos hacerlo de si ésta es o no necesaria para el acceso al Registro del acto o contrato derivado del poder, sino de que para esa actuación se requiere la elevación a público del documento privado. Ni debemos siquiera decir que el documento ha sido confirmado, pues parece que en esa palabra va implícita la idea de que se vuelve a afirmar una cosa después de tener conocimiento de algo de ella que mediante la confirmación revelamos como que no afecta a lo que antes afirmamos. Dejemos el término de confirmación para aplicarlo a todos aquellos casos en los que se trate de dotar de validez a lo que es anulable y afirmemos que lo realizado en estos casos es un reconocimiento de que tanto el documento como su contenido, e incluso la firma que en él figura, es precisamente ese que había otorgado y el que se reconoce. Reconocimiento que en consecuencia podrá realizarse en una cualquiera de las variadas formas admitidas por el Derecho judicial o notarial y que podrá hacerse tanto por el mismo otorgante como por sus herederos, pero el cual no impedirá que hasta tanto que se lleve a efecto esté produciendo efectos contra terceros el acto o contrato a que se refiera, siempre que su fecha reúna algunos de los requisitos que para esta eficacia contra terceros se exigen por nuestra legislación.

En todo este análisis final sobre la ratificación, la confirmación, el reconocimiento y la retroacción, hemos podido apreciar que siempre hemos tenido que partir y presumir la existencia de un contrato de mandato y que sin esa existencia resultaría inoperante todo lo dicho, pese a que pudiese existir un poder, pues todos estos son problemas de terceros y para terceros que no podrán surgir si no se utiliza el poder y cuya utilización lleva aneja ineludiblemente la aceptación del mandato del que el po-

der constituirá la oferta, aceptación que así adopta la forma tácita admitida por el Derecho.

* * *

Como conclusión final de todo lo expuesto, debemos indicar la conveniencia de que nuestro Código fundamental estuviera dotado de algún capítulo más dentro de su Título Preliminar en el cual se recogiera y definiera la terminología que se utilizare por él, como ocurre con el sistema inglés de aliviar los textos legales mediante la definición de esos términos, sistema que en parte ha pretendido seguirse en el anteproyecto de una ley internacional para las compraventas redactado por un Comité internacional en el año 1934.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-Cañete,
Registrador de la Propiedad.