

LA NECESARIA CONCURRENCIA DE LA BUENA FE EN RELACIÓN A LA LIBRE DISPOSICIÓN DE BIENES Y EN CUANTO A LA ACTUACIÓN MEDIANTE APODERADO CUANDO EL PODER ESTÉ EXTINGUIDO

Luis Javier Gutiérrez Jerez

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Jaén

TITLE: *The necessary concurrence of good faith in relation to the free disposition of goods and rights and action by attorney with extinct power.*

RESUMEN: La constatación de la existencia de la libre disposición de bienes y derechos debe ser valorada como presupuesto indispensable para la plena eficacia de los actos realizados por su titular, bien de forma directa o bien de forma indirecta a través del negocio jurídico de apoderamiento. En el trabajo se aportan algunos criterios relativos a las consecuencias de la realización de actos con y sin legitimación dispositiva del titular, y actos realizados por el apoderado de forma directa o delegada, valorándose las consecuencias de la actuación con el poder extinguido, tomando como base la existencia o no de buena fe en los diferentes sujetos intervinientes en el negocio de apoderamiento y con terceros, con una especial valoración jurídica de la posición seguida por nuestra Jurisprudencia.

ABSTRACT: *The verification of the existence of free disposition of rights must be valued as indispensable budget of the acts realized by his holder, good of direct form or of indirect form across the juridical business of power. In this work there are contributed some criteria relative to the consequences of the accomplishment of acts with and without legitimization dispositive of the holder, and acts realized by the proxy of direct or representative form, the consequences of the action being valued by the extinguished power, taking the existence as a base or not of good faith in the different fastened interveners in the business of power and with third parties, by a special juridical valuation of the position followed by our Jurisprudence.*

PALABRAS CLAVE: Libre disposición de bienes, poder subsistente, buena fe.

KEY WORDS: Free disposal of goods and rights, power subsisting, good faith.

SUMARIO: 1. AUSENCIA DE LIBRE DISPOSICIÓN DE LA COSA DEBIDA Y DE CAPACIDAD PARA ENAJENARLA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 1160 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN PARA DISPONER EN EL SOLVENS. 2.1. *Acto dispositivo realizado por el propietario sin legitimación para disponer de la cosa.* 2.2. *Acto dispositivo realizado por sujeto que no es propietario de la cosa.* 3. EL APODERAMIENTO COMO NEGOCIO INSTRUMENTAL. 4. PODER EXTINGUIDO Y PODER DELEGADO. 4.1. *La cuestión de la capacidad en el apoderamiento.* 4.2. *La acreditación de la capacidad.* 4.3. *El requisito de la buena fe ante la actuación del apoderado con un poder extinguido.* 5. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 10 DE FEBRERO DE 1995 Y DE 10 DE MAYO DE 2018. BIBLIOGRAFÍA.

1. AUSENCIA DE LIBRE DISPOSICIÓN DE LA COSA DEBIDA Y DE CAPACIDAD PARA ENAJENARLA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 1160 DEL CÓDIGO CIVIL

Cuando el Código civil español regula el pago o cumplimiento en el artículo 1160, exige dos condiciones para su validez: que quien realiza el pago o cumplimiento tenga la libre disposición de la cosa debida, y que tenga capacidad para enajenarla.

En la teoría general de la obligación, tener la libre disposición de la cosa debida debe considerarse como ser titular efectivo de un conjunto de facultades más amplio de lo que es normal para el dominio. Podría presentarse el supuesto en el que el obligado a dar, aun siendo propietario, se encontrase sujeto a una disminución de facultades jurídicas que hiciesen inviable la entrega efectiva, esto es, la que produce el cumplimiento exacto y adecuado de la prestación, como por ejemplo la sujeción a fideicomisos o reservas hereditarias.

Por otra parte, la libre disposición no necesariamente debe llevarnos a la propiedad en su más amplia expresión de facultades, sino en la que sea estrictamente suficiente para cumplir con la prestación debida¹.

Para HERNÁNDEZ-GIL, la libre disposición de la cosa debida implica un poder sobre la cosa, una atribución o, simplemente, ocupar una posición jurídica que permita realizar la prestación en que la obligación consista² y, como tal, es un concepto extensible a todas las obligaciones de dar.

Sin embargo, este concepto amplio ha sido contestado en nuestra doctrina por autores como BERCOVITZ³, que han considerado que sólo resultaría aplicable a las obligaciones de dar en las que la entrega de la cosa corresponde a la transmisión del dominio.

Nosotros consideramos que el requisito de la libre disposición contemplado en el artículo 1160 se circunscribe, en efecto, a las obligaciones que se articulan como eje de la prestación debida a la entrega o transferencia del dominio, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque el sistema de transmisión y adquisición de los derechos reales en el que se apoya el artículo 1095 del Código civil, dispone que la entrega de la cosa se constituye en elemento determinante para adquirir los derechos reales sobre ella y, la segunda, porque el artículo 1160 dispone que la capacidad para enajenar la cosa debida es también requisito para la validez del pago en las obligaciones de dar.

Las obligaciones de dar sirven de título a los derechos reales incluso cuando para que éstos se constituyan se requiere la concurrencia de la entrega o *modo de adquirir*, cuestión suficientemente establecida por nuestra jurisprudencia, cuando se ha

¹ Véase en este sentido MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *Pago y transmisión de propiedad*, Madrid, 1990, pág. 65.

² HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, págs. 319 y ss.

³ «Comentario al artículo 1160» *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVI-vol. 1º, Madrid, 1980, pág. 50.

declarado que de los contratos sólo nacen acciones personales, y para que se adquiriera un derecho de propiedad es preciso que la tradición haya tenido lugar⁴.

Debemos aceptar la tesis de MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁵, que interpreta la libre disposición exigida por el artículo 1160 como una categoría jurídica más amplia que la de ser simple propietario, aun cuando en la práctica se refiera a los casos en los que el deudor como sujeto activo del pago sea propietario, quedando entonces referido el concepto libre disposición de la cosa debida a la necesidad de que el dueño de la cosa, o titular del derecho real enajenado, pueda disponer libremente de su posición jurídica, posición que nosotros consideramos, simplemente, su titularidad sobre el objeto de la prestación y, como indispensable complemento, se requerirá igualmente que el *solvens* no encuentre limitado o excluido el poder de disposición sobre la cosa, ya sea en virtud de pacto o por disposición de la ley.

Junto a todo ello, debemos aceptar también que la libre disposición de la cosa que debe ser objeto de la prestación en la obligación de dar, ha de apreciarse en el momento del cumplimiento y no antes, cuestión que tendrá importantes consecuencias en la eficacia general del negocio jurídico.

Y, en éste punto, también compartimos la opinión mayoritaria que distingue entre el momento del nacimiento de la obligación y el de su cumplimiento, ya que en el primero la obligación de entregar puede surgir sin tener el deudor la libre disposición, quedando obligado a adquirirla, mientras que en la fase de cumplimiento es imprescindible tenerla, pues en caso contrario quedaría válidamente extinguida la obligación por el cumplimiento del deudor⁶.

La distinción que realiza el artículo 1160 del Código civil, entre la libre disposición de la cosa debida, y la capacidad para enajenarla, ¿ha sido pensada por el legislador para obtener unas consecuencias concretas en relación a la eficacia del pago realizado?

De entre las facultades que integran el dominio, resulta especialmente característica por sus efectos la de disposición. De acuerdo con la ya conocida doctrina de los límites y las limitaciones del dominio, el propietario podrá disponer de la cosa, total o parcialmente, para producir efectos de presente y de futuro y, en cualquier caso, sobre dicha facultad de disposición se construirá toda la doctrina sobre los derechos reales limitativos.

Si disponer, como acción derivada de la facultad de libre disposición, fuere lo mismo que enajenar, deberíamos concluir que dicho *ius disponendi* no es sino una manifestación subjetiva de la voluntad del individuo. Sin embargo, creemos que ambos términos no pueden ser equiparados en su fundamentación jurídica y efectos, porque

⁴ Véanse la STS 26 de marzo de 1920 y STS 11 de junio de 1958.

⁵ Vid. *op. cit.* pág. 69.

⁶ Véase MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.* pág. 70.

a nuestro juicio la libre disposición está referida a la aptitud general del individuo para ejercitar su derecho, mientras que la llamada capacidad para enajenar implica que, además de lo anterior, se exige el poder concreto para disponer de «esa cosa», en «ese momento» y en «ese negocio», poder concreto que, como sabemos, puede no existir por causa de las prohibiciones de disponer legales o voluntarias, que estuvieren constituidas en el caso concreto.

Las dos *condictio iuris* previstas por el artículo 1160 para la validez del pago, se concretan a nuestro juicio, en un concepto más amplio como es el de legitimación para disponer, pues ambos contribuyen a que la eficacia del negocio sea perfecta y ajustada a lo previsto por el legislador en relación a la regulación concreta como relación jurídica obligacional.

Podemos considerar la legitimación para disponer, como la posición del sujeto respecto del objeto del negocio que se requiere para que dicho sujeto pueda practicar con perfección determinado acto⁷, y tal definición viene a corroborar el hecho de que si llegase a producirse un acto de disposición por quien careciese de legitimidad para ello, nos encontraríamos ante una adquisición por el acreedor de la simple posesión de las cosas objeto del pago o cumplimiento.

Tal entrega de la posesión nunca podría considerarse como una parte del mecanismo de la teoría del título y el modo, desarrollado sobre la base del artículo 609 del Código civil, porque se trataría, más que de una transmisión, de una adquisición de tal derecho provisional, adquisición que como señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO⁸, se produce porque no existe salida de la titularidad de un derecho de propiedad sobre una cosa, de un patrimonio para integrarse en otro, y aunque se produce una pérdida en el patrimonio del deudor, la adquisición del acreedor se justifica por la protección que el Derecho concede a determinadas situaciones de apariencia jurídica, y a quienes confían en ellas.

El momento en el que debe exigirse la existencia de legitimación jurídica para disponer es el momento del pago o cumplimiento, ya que en nuestro Derecho el contrato carece de eficacia real, lo que motiva que en el momento de prestar consentimiento no sea exigible la legitimación para disponer⁹.

Uno de los negocios jurídicos en los que puede valorarse de forma clara el alcance y efectos de la legitimación, es el contrato de compraventa. Realmente, en nuestro Derecho, podría hablarse de la existencia de una compraventa de tipo obligacional y

⁷ Así se expresa JORDANO BAREA en «Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1950», *ADC* 1950, pág. 1382, nota 23.

⁸ *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 120.

⁹ Precisamente, esta circunstancia expuesta por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO *op. cit.* pág. 120, es a su juicio el argumento base para sostener la validez de la compraventa de cosa ajena, quedando las partes vinculadas definitivamente a dar y recibir recíprocamente cosas de las que no pueden disponer, pero con la expectativa de poder hacerlo en un momento posterior, sin que ninguna de ellas pueda instar la nulidad del contrato tomando como base esa única circunstancia.

otra de tipo traslativo, siendo únicamente la segunda la que genera la obligación, cuya prestación consiste precisamente en transmitir el dominio al comprador, dependiendo del alcance de la autonomía de la voluntad al configurar el contrato con absoluta claridad sobre dicha prestación, si bien, la naturaleza jurídica del negocio debe aclararse para descubrir si la obligación de transmitir el dominio como manifestación de la legitimación dispositiva del artículo 1160 en relación con la compraventa en concreto, implicaría en todo caso o no, la citada obligación de transferir la propiedad.

Anteriormente, apuntábamos que si llegase a producirse un acto de disposición por quien careciese de legitimidad para ello, nos encontraríamos ante una adquisición por el acreedor de la simple posesión de las cosas objeto del pago o cumplimiento, que en transmisiones a título singular *inter vivos* puede tener lugar mediante la llamada *traditio real* o mediante la *traditio ficta*.

La primera fórmula, o de tradición real, consiste en la entrega material de la cosa por la voluntad coincidente del transmitente con la del adquirente, configurada a título oneroso o gratuito, de acuerdo con lo previsto por el artículo 460 apartado 2º del Código civil. Pero, dicha tradición relacionada con la posesión, no puede confundirse con la tradición como modo de adquirir el dominio y demás derechos reales a que se refiere el artículo 609 del mismo cuerpo legal.

Mientras, la tradición-modo de adquirir, requiere la preexistencia de un acuerdo de voluntades para proceder a la adquisición y transmisión del derecho real de que se trate, tal y como ha señalado la jurisprudencia más clásica¹⁰, en la tradición posesoria es suficiente con hacer constar el simple acuerdo de transferencia del poder de hecho sobre la cosa, diferente a todas luces del poder derivado de un derecho real pleno o limitativo.

Pues bien, si consideramos que la tradición no se configura sobre la base de una voluntad negocial como declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho considera digno de especial tutela, ya sea tomando como base dicha declaración o acuerdo, o tomando en consideración otros hechos o actos, tal y como viene entendiendo la doctrina¹¹, se trataría simplemente de un acto material que no requiere la previa constatación de la capacidad de obrar en el actuante, siendo suficiente la llamada capacidad natural de querer y entender.

2. CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN PARA DISPONER EN EL *SOLVENS*

El artículo 1160 del Código civil, dispone que el pago realizado por quien carece de la libre disposición de la cosa debida y la capacidad para enajenarla, no será válido, sin

¹⁰ Así, por ejemplo, STS de 31 de mayo de 1946.

¹¹ Véase el concepto de negocio jurídico en DE CASTRO: *El negocio jurídico*, reedición Madrid, 1985, pág. 34.

aclarar las consecuencias prácticas que puedan provocarse en orden a la nulidad o anulabilidad, como supuestos de inexistencia e ineficacia, respectivamente.

El pago o cumplimiento de la obligación¹², no admite su consideración como un negocio jurídico, puesto que se trata de un hecho que se materializa mediante la realización del mandato de la norma que se dirige al deudor, que opera dotándole de un carácter de «acto necesario» por derivar de la voluntad del deudor.

Dicho aspecto imperativo tiene mayor peso jurídico que el poder creador de la voluntad negocial, derivado aquel de la existencia del vínculo obligacional, que en este caso es claramente reducido.

De esta forma, cuando el deudor puede realizar su prestación sin cooperación alguna del acreedor, por ejemplo, cuando la prestación sea de no hacer o en algunos de los servicios, hay cumplimiento por la simple actuación del obligado, mientras que en aquellos casos en los que la prestación sólo pueda realizarse mediante negocio jurídico (transmisión de un derecho real o de crédito), el pago presupone la capacidad de celebrar negocios jurídicos y la declaración de una especial voluntad de extinguir la obligación.

El pago también carece de naturaleza negocial para autores como ALBALADEJO, que vienen a considerarlo como un acto debido desprovisto del pretendido carácter de negocio jurídico por sí mismo¹³.

Creemos que la polémica sobre la naturaleza jurídica del pago es innecesaria, pues queda suficientemente claro a la luz de la interpretación del artículo 1156 del Código civil, que se trata de un acto necesario para que tenga lugar la extinción de la obligación, y aunque se encuentre conectado con la voluntad, pues el supuesto normal de cumplimiento de la prestación necesariamente lo está, aunque sólo fuere por congruencia con la emisión de la voluntad que en su momento constituyó el negocio jurídico contractual, nunca podrá equipararse en su naturaleza misma a un negocio

¹² Téngase en cuenta que el artículo 1156 sitúa, en primer lugar, como causa de extinción de las obligaciones, el pago o cumplimiento, lo que lleva a la doctrina a considerar que uno u otro concepto dependerán de la naturaleza de cada prestación. No obstante, el mismo concepto de cumplimiento podría ser interpretado en un doble sentido: primero, englobando todos aquéllos casos en los que se manifiesta que la obligación se ha cumplido por haberse realizado el fin que en la misma se perseguía, que no es otro que la satisfacción del interés del acreedor; y, segundo, comprendiendo aquellos supuestos en que se verifica la actuación del contenido de la obligación y en consecuencia del derecho del acreedor, mediante la actividad personal realizada por el propio deudor. No obstante, en un sentido propio, el pago o cumplimiento que otorga verdadera significación jurídica a la extinción de la obligación es el realizado por el deudor, dentro del ámbito ordinario de su voluntad, quedando fuera, en sentido propio, el hecho por tercero y el derivado de la ejecución forzosa de la prestación debida. Véase al respecto a BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, págs. 44 y ss.

¹³ *Derecho civil, vol. II, Derecho de obligaciones, 10ª ed., Barcelona, 1997, págs. 614 y ss.*

jurídico por sus propias características y por la función jurídica que cumple en cada caso¹⁴.

Y, buena prueba de ello, es que la polémica subsiste cuando se trate de obligaciones de dar, pero no existe cuando se trata de obligaciones de hacer o no hacer, supuesto no contemplado por el Código civil en su artículo 1160.

En cualquier caso, las consecuencias de las anomalías que afectan a la validez del pago pueden agruparse según exista o no titularidad dominical en el deudor y, en caso de ser propietario, deberán también estudiarse las consecuencias de no tener la libre disposición del bien del que es propietario.

2.1. Acto dispositivo realizado por el propietario sin legitimación para disponer de la cosa

La existencia de titularidad dominical en quien es deudor de la cosa debida, podría llevarnos a la apariencia de que reúne las condiciones para la validez y eficacia del pago, pero en realidad resulta indispensable que el titular pueda disponer de la cosa, pues en caso contrario el negocio realizado se encontraría vaciado de todo su sentido, y privado de las condiciones necesarias para su validez.

En los casos en que exista una prohibición de disponer voluntaria o impuesta por la ley y que recaiga sobre la cosa debida, señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN, que el beneficiado por la prohibición de disponer podrá instar judicialmente la nulidad del pago con restitución de la cosa al deudor, si la prohibición debe afectar a terceros¹⁵.

Si seguimos el espíritu del artículo 1160, el pago realizado habría sido efectuado por quien carecía de legitimación y, por tanto, sería ineficaz, impidiendo en consecuencia la transferencia del dominio sobre la cosa debida al acreedor. El deudor respondería de los daños y perjuicios que ocasionare al beneficiario de la prohibición por su conducta en relación a la entrega de la cosa debida.

Si el deudor dispone de la cosa debida sin tener legitimación para ello, está vulnerando el contenido del llamado *ius disponendi*, que se encuentra integrado en las facultades dominicales, como una de las más importantes por sus efectos.

¹⁴ En contra se muestra OSSORIO MORALES, cuando declara que en ocasiones el cumplimiento se reduce a un mero hecho y, en otras, requiere una declaración de voluntad por parte del deudor, la cual, en cuanto dirigida a la producción de un efecto jurídico, la extinción de la obligación, que se produce así porque lo quiso el declarante, con lo cual encaja en la concepción de negocio jurídico, si bien se trata de un negocio jurídico unilateral cuya eficacia solo descansa en la voluntad del deudor. Sólo en aquéllos casos en los que el contenido de la obligación consiste en un mero hacer, o en una omisión, puede verse en el cumplimiento un simple hecho cuyos efectos liberatorios se producen *ex lege* una vez realizado. *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Parte General*, Granada, 1986, pág. 103.

¹⁵ Vid. *Sistema de Derecho Civil*. vol. II, pág. 180.

Pero como ha señalado CRISTÓBAL MONTES, no basta con ser titular del derecho de disponer, sino que se requiere además que pueda ejercitarse libremente¹⁶, y tal libre disposición es cuestión principalísima en la estructuración de un contrato como el de compraventa, pues de ella dependerán los efectos que hayan de reconocerse a la doble venta y a la venta de cosa ajena como fórmulas derivadas del valor que pretendamos otorgarle a la libre disposición.

La exigencia de libre disposición en el titular de la cosa debida puede valorarse, en realidad, como una auténtica *condictio iuris*, un presupuesto de eficacia que en el caso de no existir provocaría que el beneficiario de la prohibición tenga acción para impugnarlo, y si la prohibición únicamente surte efectos entre las partes en la obligación, y la adquisición de la cosa debida por el acreedor no puede ser afectada en su validez por gozar de alguna protección especial, el pago adquiriría validez quedando obligado el deudor a indemnizar los daños y perjuicios.

La exigencia de que el propietario tenga la libre disposición de la cosa debida no debe reconducirse de modo obligatorio y exclusivo a exigir que el deudor en la obligación de dar sea propietario de la cosa debida. El ámbito de ésta exigencia ha de resultar mucho más amplio, pues también es amplio el supuesto de hecho al que se refiere el artículo 1160 del Código civil, sin perjuicio de las especiales consecuencias que tendrá la cuestión en el caso de que se trate de un contrato de compraventa, ante la clásica controversia relativa a si el vendedor (que es deudor de la cosa) ha de transmitir o no el dominio de la cosa vendida al comprador.

Cuando el propietario procede a la entrega de la cosa debida sin tener la libre disposición sobre ella, el adquirente de buena fe (acreedor) aparecerá como un adquirente *a non domino*, a excepción de los casos en que la ausencia de libre disposición provenga de una restricción legal, y sin que tal excepción pueda alcanzar a las prohibiciones de disponer voluntarias, pues respecto a ellas no cabe imputar sus consecuencias al acreedor de buena fe que ignorase su existencia¹⁷.

2.2. Acto dispositivo realizado por sujeto que no es propietario de la cosa

Parece suficientemente admitida en nuestra doctrina la posibilidad de que uno de los contenidos del dominio como derecho real pleno es el poder de disposición, aunque en algunos casos pueda encontrarse limitado o excluido por pacto expreso o por disposición de la ley.

Ello motiva que únicamente el propietario pueda ser quien disponga eficazmente de la cosa que es objeto de una prestación de dar, sin que el no propietario tenga sobre ella poder dispositivo alguno.

¹⁶ «Los elementos personales y reales del pago» *RCDI* marzo-abril 1987, pág. 345.

¹⁷ En contra, DÍEZ PICAZO que considera que si en tal caso adquiere el acreedor el derecho transmitido nunca podría ser considerado un adquirente *a non domino*. Vid. *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I Madrid, 1986, págs. 624 y 625 y tomo II, Madrid 1983, pág. 686.

Cuando el no propietario realiza el pago ¿podemos decir que cumple las dos *condictio iuris* exigidas por el artículo 1160 del Código civil (libre disposición y capacidad para enajenar) para que exista legitimación en el disponente?

Creemos que la exigencia de legitimación es un presupuesto irrefutable para la eficacia y validez del negocio celebrado y el no propietario, en realidad siguiendo la argumentación del apartado anterior, el no titular del derecho sobre la cosa debida, no puede considerarse sujeto activo de un pago o cumplimiento eficaz que sea suficiente como para extinguir la obligación al amparo de lo dispuesto en los artículos 1160 y 1156. 1º del Código civil.

El artículo 1160 está integrado en la teoría general de la obligación, y su aplicación alcanza a todo tipo de contratos de forma que alcanza, sin duda, a la compraventa, lo cual producirá consecuencias en el estudio de la compraventa de cosa ajena y la doble venta.

Si se defiende que en la compraventa existen dos momentos diferentes que generan dos calificaciones de la situación del contrato, la obligacional y la real, podríamos llegar a entender que el vendedor en la fase obligacional sólo se obliga a transmitir la posesión al comprador, por lo que nada importa el hecho de que carezca de dominio para que el contrato se perfeccione, y más aún cuando se califica a éste de consensual.

El problema de nuestra doctrina es que defiende una incongruencia. De un lado, los autores que sustentan una visión doble del contrato obligacional y real, declaran que sin la entrega no puede constatarse el cumplimiento, quedando abierta la vía dispuesta por el artículo 1124 para instar la resolución del contrato con la indemnización de los daños y perjuicios causados¹⁸. Por otra parte, consideran mayoritariamente que el no propietario no puede transmitir el dominio en la venta de cosa ajena, pues si el vendedor no es dueño al tiempo de la entrega el contrato es nulo¹⁹.

Y, no obstante lo anterior, cuando abordan el problema del cumplimiento del contrato, sostienen que al ser la compraventa un contrato consensual, y por sus invariados orígenes en el Derecho romano es suficiente para tener por cumplida la prestación debida la entrega sin dominio, esto es, la mera posesión, quedando conforme el comprador y careciendo éste de toda acción frente al vendedor, salvo cuando exista

¹⁸ Por ejemplo, ROCA SASTRE «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado I*, Barcelona, 1952, pág. 378 y BORRELL Y SOLER *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, pág. 8.

¹⁹ JORDANO FRAGA, «Comentario a la Sentencia de 4 de marzo de 1988: doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción» *ADC* 1989, pág. 1.356, MORENO MOCHOLÍ «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?» *RCDI* 1945, pág. 383 y de forma rotunda, ALBALADEJO «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ* abril-1947, Separata Ed. Reus. págs. 57 y ss.

evicción²⁰, careciendo de sentido tal argumentación a nuestro juicio si consideramos la exigencia previa del artículo 1160 que resulta presupuesto imperativo para la correcta interpretación del artículo 1462 del Código civil.

3. EL APODERAMIENTO COMO NEGOCIO INSTRUMENTAL

La actuación de un individuo en nombre de otro es conocida como representación. Se trata de aquella intervención en negocios ajenos, en la que el interventor se subroga en el lugar que otra persona ocupaba en un negocio jurídico, produciéndose sus efectos como si ésta misma hubiese operado.

Lo relevante es que la actuación del representante equivale a la del representado, siempre que no se hayan sobrepasado los poderes atribuidos y, por supuesto, que esa subrogación en el ejercicio de ciertos derechos nunca podrá afectar a los que presenten carácter personal²¹.

Pero, mediante el término «representación» no sólo se designa a la acción de representar como actividad sino a la figura o institución jurídica en cuya virtud es posible que una persona actúe en nombre y por cuenta de otra²².

Siguiendo a LACRUZ, una persona representa a otra cuando actúa facultada por ella o por la ley, recayendo sobre ella las consecuencias de los actos jurídicos realizados en esas condiciones. La posibilidad de actuar por representante permite al sujeto ampliar sus perspectivas de acción, extendiéndolas al mismo tiempo a diversos lugares o evitando desplazamientos que acaso no puede realizar así como permitiéndole servirse de persona más aptas y adecuadas que él mismo²³.

En nuestra doctrina considera TRAVIESAS²⁴ que el apoderamiento y el mandato, llamado por el negocio representativo, son cosas distintas de manera que aquél es un acto unilateral y éste bilateral.

Según el autor, para que el apoderamiento fuese caso de representación, los derechos y obligaciones del mandatario serían derechos y obligaciones del mandante, lo que sería absurdo.

Nótese en estas observaciones la confusión terminológica que se detecta en la doctrina civil al enfrentar apoderamiento y representación, que a nuestro juicio sería mejor

²⁰ Resultan muy interesantes las consideraciones al respecto de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO y ÁLVAREZ - OSSORIO, M^a. C. *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994. pág. 361.

²¹ TRAVIESAS los denomina derechos personalísimos en su obra «La representación voluntaria», *R.D.P.* julio-agosto, 1922, pág. 193.

²² Así lo pone de manifiesto ALBALADEJO en «La representación», *A.D.C.*, vol. 11, nº 3.-1958, pág.767 a 804.

²³ Vid. *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General vol. III*. Barcelona, 1990. Págs. 293 y 294.

²⁴ Vid. *op. cit.*, pág. 201.

sustituir por los términos enfrentados de poder (apoderamiento o representación) y mandato.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN afirman también la necesidad de separar, nítidamente, mandato y representación²⁵, recogiendo las tesis de LABAND Y WINDSCHEID, en las que se apoya nuestra jurisprudencia²⁶, consideran que el mandato y el poder son figuras diferentes pero que pueden coincidir ocasionalmente.

Para los citados autores²⁷, los puntos básicos a considerar en la teoría de la representación son los siguientes:

1º. La representación no se limita a ser un capítulo en la teoría general del negocio jurídico y, por tanto, no puede definirse simplemente como la conclusión de un negocio o la emisión de una declaración de voluntad realizada por medio de otro, ya que es una figura jurídica que comprende toda clase de negocios jurídicos negociales y no negociales.

2º. La representación no puede ser definida como un simple actuar en nombre ajeno. Para definir correctamente la representación debe considerarse tanto la actuación del representante en nombre propio e interés ajeno (representación indirecta), como la que se ejerce en nombre e interés ajeno (representación directa). Lo verdaderamente decisivo para los autores es la constatación de la ajenidad del asunto, que será la base misma de la representación independientemente de la forma de operar del representante. Sin embargo, ALBALADEJO entiende que la llamada representación indirecta no es un verdadero caso de representación pues no considera suficiente para su correcta calificación la simple existencia del interés ajeno.²⁸

En este punto, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN entienden que no es admisible la irrelevancia del interés como regla general ya que lo realmente característico es que el representante gestiona siempre el interés del representado.

4. PODER EXTINGUIDO Y PODER DELEGADO

¿Es necesario acreditar ante el notario autorizante de la escritura de venta la subsistencia del poder, tanto en el caso ordinario de poder conferido de forma originaria como en el caso de sustitución en el apoderamiento?

El ámbito material de la representación es verdaderamente amplio en nuestro Derecho, aunque no ilimitado. Nosotros entendemos que la representación puede desplegar sus efectos tanto en negocios jurídicos como en actos de naturaleza no negocial, lo que nos lleva a admitirla sin reservas en relaciones jurídicas patrimoniales «*inter vivos*», a salvo los derechos personalísimos.

²⁵ Vid. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I. Madrid, 1994. Pág. 580.

²⁶ Por ejemplo, las SS.T.S. 16 febrero 1935, 22 mayo 1942 y 1 diciembre 1944.

²⁷ Vid. *op. cit.* págs. 580 a 582.

²⁸ Vid. *op. cit.* pág. 769.

En los negocios jurídicos «*mortis causa*» encontramos una serie de limitaciones objetivas impuestas por la ley para que pueda actuar la representación, como en el otorgamiento del testamento conforme al artículo 670 del Código civil, aunque no hay especial dificultad para el juego de la representación en los actos o negocios relativos a la herencia llevados a cabo por heredero, legatario u otros interesados.

El apoderamiento presenta en nuestro Derecho el carácter de negocio jurídico, y no de simple acto jurídico, puesto que se trata de una declaración de voluntad dirigida directamente a la producción de efectos jurídicos. Hay, por tanto, un carácter de unilateralidad ya que la voluntad del apoderado no ha de concurrir para la perfección del negocio, aunque si ha de conocer éste tal declaración de voluntad para que se produzcan los efectos que le son naturales.

Debido a las diferentes presiones que los intereses del tráfico jurídico han venido generando, han sido muchas las ocasiones en las que doctrinalmente se ha planteado la cuestión de si el apoderamiento es un negocio jurídico abstracto, y desde luego consideramos que la causa del apoderamiento se materializa en la relación subyacente a ese negocio jurídico, derivada generalmente de un negocio de gestión.

La más correcta caracterización del poder es la que lo considera como un negocio autónomo e independiente, como categoría distinta de la abstracción²⁹. Concretamente señala CÁMARA ÁLVAREZ³⁰, que pueden presentarse dos casos que claramente lo demuestran: el primero, cuando el poder no descansa en un mandato ni en ningún otro negocio jurídico por el cual el apoderado se niegue a gestionar los negocios del poderdante. En tal caso, la facultad de gestión está ya insertada en el poder, y no resulta posible distinguir entre ambas categorías; el segundo, cuando se ha conferido un poder cuyo contenido es más amplio que la facultad de gestión que surge del negocio jurídico básico.

4.1. *La cuestión de la capacidad en el apoderamiento.*

Las dos posiciones doctrinales que se han mantenido en relación a la capacidad que debe acreditar el poderdante han sido, respectivamente, la que entiende como capacidad suficiente la general para cualquier negocio jurídico, y la que exige la capacidad particular requerida para celebrar el negocio jurídico para cuya realización se otorga el poder.

Tal y como afirma ALBALADEJO, la teoría que exige la capacidad requerida para el negocio representativo se apoya en que, al darse el poder, se hace posible la celebración de aquél y en que exigir la capacidad general resulta excesivo cuando el poderdante puede

²⁹ Así lo consideran entre otros, ALBALADEJO, *op. cit.* pág.779 y CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid,1985, pág.46.

³⁰ Vid. *op. cit.*, pág. 46.

celebrar, con menos capacidad, el negocio para el que apodera a otro; y resulta insuficiente si para este negocio hace falta una capacidad superior a la general³¹.

La tesis que pretende simplemente la exigencia de la capacidad general se apoya, en primer lugar, en el hecho de que un negocio jurídico ha de regirse por sus reglas especiales y, en su defecto, por las generales a su categoría.

En segundo lugar, se basa en que falta en nuestro Ordenamiento Jurídico una referencia expresa a la capacidad requerida para el negocio representativo.

Y, por último, en que una cosa es el negocio representativo y otra el apoderamiento: aunque cuando se realice aquél deberá tener la específica capacidad necesaria para llevarlo a cabo por sí el representado, cuando otorgue el poder no se precisará una capacidad que la ley únicamente exige, en tal caso, para un acto futuro³².

La solución que entendemos más idónea es la que exige en el poderdante la capacidad particular exigida para el negocio representativo cuando esta sea menor en su extensión que la capacidad general, bastando la capacidad general en los demás casos.

En cuanto a la capacidad que resulta exigible en el apoderado o representante, entendemos con LACRUZ³³ que cuando éste no resulta capaz para el acto por el que se le apodera, el poder es inútil desde el punto de vista práctico, pero no impugnabile, siendo apto para respaldar suficientemente los actos que realice aquél una vez adquirida la capacidad.

Siguiendo a ALBALADEJO podemos concluir afirmando que, al no ser el negocio representativo un negocio para el apoderado, en éste no puede exigirse la aptitud para recibir los efectos de aquél. Ahora bien, como debe actuar en nombre y por cuenta del poderdante, no se puede nombrar representante a un sujeto imposibilitado para hacerlo.

Para realizar un negocio en representación, debe exigirse al menos la capacidad de un emancipado, sin añadir la exigencia de la capacidad para celebrar el negocio particular. La Jurisprudencia ha señalado en forma reiterada al interpretar el artículo 1716 del Código Civil que una cosa es que el menor emancipado pueda actuar en nombre de otro ejerciendo facultades transferidas, y otra muy distinta que el emancipado pueda transferir poder a un tercero para realizar actos que le están limitados por ministerio de la Ley³⁴.

³¹ Vid. *op. cit.* pág. 780.

³² Vid. ALBALADEJO, *op. cit.* pág. 780.

³³ Vid. *op. cit.* pág. 318.

³⁴ Así por ejemplo STS 16 febrero 1935 (R. A. 462), y las posteriores que reiteran la Jurisprudencia de 20 diciembre 1954 (R. A. 3011), 13 noviembre 1958 (R.A.3449), 2 noviembre 1961 (R. A. 3631), 20 marzo 1964 (R. A.1 450), 3 julio 1976 (R. A. 3225) y 26 junio 1978 (R. A. 2452).

En el poderdante han de concurrir todas las condiciones que nos permitan afirmar que reúne la capacidad general y la particular exigida para el negocio de representación, incluyendo, por supuesto la ausencia de prohibiciones tanto legales como voluntarias.

A pesar de la limitación que la Jurisprudencia en ocasiones ha impuesto al menor emancipado para poder otorgar un poder para la enajenación de bienes aunque manifestaba su consentimiento el padre³⁵, entendemos que si el menor puede enajenar bienes inmuebles con el consentimiento de sus padres o del curador que completan su capacidad, limitada por la Ley en tal caso, puede también apoderar a otro para un acto de disposición inmobiliaria siempre que se cumpla el indispensable requisito de la manifestación del consentimiento del padre o curador conforme a las exigencias del artículo 323 y 286 apartado 1º del Código Civil.

4.2. La acreditación de la capacidad

Como resulta sobradamente conocido, nuestro Derecho se asienta sobre el principio general de la exigencia de forma «*ad probationem*» a consecuencia de lo dispuesto en los artículos 1279 y 1278 del Código civil, con algunas excepciones determinadas en la propia Ley en las que la forma adopta un carácter de elemento esencial del negocio sin el cual se produce su ineficacia.

En el artículo 1280 apartado 5º del Código Civil se contienen algunos casos en los que el legislador pretende que se adopte una forma externa, el documento público, aunque sólo a efectos meramente probatorios³⁶.

Pero aquí se hace indispensable distinguir entre el poder y el mandato. A diferencia de aquél, el mandato puede constituirse en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 1710 del Código Civil, en forma expresa o tácita, en documento público, privado o incluso verbalmente.

El ámbito de aplicación del apartado 5º del artículo 1280 al manifestar *ad probationem* que deberán constar en documento público el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero, es notoriamente diferente al del artículo 1710 en relación al mandato.

Esto supone que el artículo 1280 contiene una exigencia aplicable al acto de otorgamiento del poder de representación, pero no para el mandato que deba ejecutarse a través de

³⁵ Tal era el caso de la sentencia STS 28 septiembre 1968 (R. A. 3961).

³⁶ Así lo ponen de manifiesto ALBALADEJO *op. cit.* pág.781, y Díez-PICAZO en *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979. Págs.144 y 145.

ese poder, que se encuentra sometido al principio de libertad de forma por disposición legal³⁷.

Y queda patente el carácter meramente probatorio de la solemnidad en cuanto al apoderamiento en la STS 26 noviembre 1970³⁸, cuando afirma que la forma es en relación a los casos del artículo 1280 algo que las partes pueden exigirse recíprocamente sin que se trate de requisito *ad substantiam*, excepción hecha de los casos en que la Ley transforme tal requisito en constitutivo.

Hechas las anteriores precisiones estimamos indispensable referirnos al juicio de capacidad que ha de realizarse en el acto de otorgamiento de un documento público.

En el ejercicio de la fe pública notarial, la realización del juicio de capacidad por el fedatario forma parte de lo que denomina GOMÁ SALCEDO actividad de calificación y no de afirmación³⁹.

En efecto, cuando el notario afirma hechos, situaciones o relaciones jurídicas simplemente transcribe lo que le consta por notoriedad o por lo que perciben sus sentidos. Estas afirmaciones y constataciones pueden ser atacadas por terceros mediante la querrela de falsedad documental, por la indispensable salvaguarda de la seguridad jurídica derivada de la fe pública notarial.

En cambio, cuando el notario califica, no realiza afirmaciones que no puedan destruirse mediante prueba en contrario, aunque también es esencial la suficiente acreditación de lo alegado por terceros que debe constar de forma completa y evidente. Así lo exige una antigua sentencia STS 22 enero 1913⁴⁰, cuando afirma que la actividad notarial no puede quedar al arbitrio de intereses que debiliten la seguridad del tráfico jurídico.

Atendiendo a la anterior distinción, el juicio de capacidad pertenece a la categoría de las calificaciones. Basta citar para tal argumentación el artículo 156 apartado 8º del Reglamento Notarial cuando dispone que «*La comparecencia de toda escritura indicará: 8º. La afirmación, a juicio del notario, y no apoyada en el sólo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera*».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del mismo Reglamento, «*El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto*

³⁷ En estos términos, que compartimos plenamente se pronuncia LEÓN ALONSO, op. cit. *Comentarios...*, pág. 50.

³⁸ R. A. 4905.

³⁹ Así lo declara en su obra *Derecho Notarial*, Madrid, 1992. Pág. 119.

⁴⁰ Citada por TAMAYO CLARES, en «Temas de Legislación Notarial». *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Separata nº 12. Agosto, 1988. Pág. 77.

con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

Nosotros entendemos sin duda que la declaración notarial relativa a la capacidad con la que se interviene no puede referirse a otra cosa que a la emisión de los juicios de capacidad o de legitimación suficiente, en su caso.

Cuando en el documento notarial no se haya hecho constar el juicio de capacidad, no parece posible entender nulo el documento, puesto que esa deficiencia, según el artículo 27 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, no es causa de nulidad.

Únicamente dará lugar a que se subsane la falta de expresión conforme a lo dispuesto en el artículo 153 del Reglamento Notarial, pero únicamente a instancia del propio notario, que puede requerir la intervención judicial si por cualquier causa no fuera posible fundamentar suficientemente la rectificación.

Con estos argumentos legales podemos ya situar la calificación notarial que considera al poder por medio del que comparece una de las partes como «bastante» o suficiente.

4.3. El requisito de la buena fe ante la actuación del apoderado con un poder extinguido

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1732 apartado 3º del Código civil, el poder válidamente otorgado se extingue por muerte del poderdante, una vez aclarado que los preceptos relativos al mandato resultan aplicables directamente, y por analogía, al apoderamiento, salvada la diferente naturaleza jurídica de ambos supuestos.

No resulta correcto sin embargo considerar que la muerte o declaración de fallecimiento del poderdante provocará la extinción del poder en todo caso y situación, ya que conforme a lo dispuesto por los artículos 1738 y 1739 es posible la producción y mantenimiento de efectos en beneficio de terceros de buena fe.

En nuestra doctrina, ya puso de manifiesto ALBALADEJO⁴¹ la posible existencia de dos situaciones en orden a la validez de un mandato *post-mortem*: la primera, cuando estemos ante un mandato conferido expresamente para ejecutar algo tras la muerte del mandante, situación ésta no contemplada en el Código civil en el ámbito del mandato y el apoderamiento, que resultaría más bien afecta al ejercicio de las funciones de un albacea dentro del ámbito de los artículos 901 y 902. La segunda, un mandato para ejecutar en vida, con un pacto de no extinción si antes de dicha ejecución fallece cualquiera de las partes, válido a su juicio en cuanto que las partes extenderían su confianza a otros.

Realmente la aparición de la buena fe como elemento presupuestario del precepto supone un evidente reto para el intérprete del artículo 1738 del Código civil.

⁴¹ *Derecho Civil*, tomo II, 14ª edición. Madrid, 2011, págs., 792 y 793.

Como elemento estructural, consideramos que es exigible tanto en el apoderado como en el tercero que contrata con él, ya que de otra forma otorgaríamos carta de naturaleza a negocios jurídicos afectados de nulidad por inexistencia de voluntad, debiendo observarse que tal vicio no sería subsanable en cuanto al apoderado por haber muerto quien fuera poderdante, y mucho menos cuando la muerte del poderdante fuera conocida directamente por el tercer adquirente. En suma, la buena fe del apoderado únicamente podría basarse en la absoluta ignorancia de que el poder estaba extinguido.

Tal y como hemos manifestado, cuando la causa de extinción sea la muerte del poderdante resulta imposible la eventual ratificación de lo actuado por el apoderado. Pero incluso en los casos en los que la extinción del mandato se fundamente en otras causas expresadas en el artículo 1732 del Código civil, conociendo el mandatario plenamente la extinción del mandato al tiempo de la realización del negocio ejecutado, estaríamos ante un supuesto de nulidad, ya que consideramos indispensable que en todo caso la buena fe se acredite simultáneamente en mandatario y tercero.

Este es también el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de julio de 2018⁴² en un interesante supuesto en el que se plantea la validez de una hipoteca constituida por quien era apoderado, para garantizar un préstamo personal, que había sido solicitado por él a una entidad financiera. Dicho apoderado utilizó en la operación comercial un poder otorgado a su favor diecisiete años antes por la persona con la que mantenía una relación afectiva, que según consta en los Fundamentos de Hecho de la Sentencia había concluido en 1991, habiéndose otorgado el poder muy poco tiempo antes.

La doctrina jurisprudencial que se consolida con esta Sentencia, reitera la indispensable exigencia de buena fe en el tercero con quien el apoderado contrata y que al tiempo de ejercitar el poder el apoderado ignore la posible causa de extinción derivada del artículo 1738 del Código civil, lo que de hecho supone igualmente una exigencia de buena fe en el apoderado al tiempo de su actuación.

El Tribunal Supremo exige en esta resolución que el tercero con quien se contrata debe analizar las características del poder otorgado, de forma que en el caso concreto se habría conocido que el otorgamiento tuvo lugar en un momento muy anterior del acto en cuestión, que el poder tenía como finalidad la constitución de una garantía hipotecaria que finalmente no se constituyó ante la ruptura afectiva de los interesados, y que la causa del otorgamiento era constituir una garantía hipotecaria para garantizar una obligación personal de poderdante y no del apoderado, por lo que se confirmó la nulidad de lo actuado al amparo del poder.

5. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 10 DE FEBRERO DE 1995 Y DE 10 DE MAYO DE 2018

⁴² R. A. 2856.

En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1995 (BOE nº 87, de 12 de abril de 1995), se planteó el problema de la subdelegación y de la necesidad de acreditación de la subsistencia del poder para reconocer eficacia a lo hecho por el sub-representante. La citada Resolución consideró que no es precisa la acreditación de la subsistencia del primer poder.

El supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado reúne un primer acto de apoderamiento en favor de un representante para realizar una segregación y posterior venta de un bien inmueble, y un segundo acto consistente en el otorgamiento de una escritura de sustitución de poder otorgada por el apoderado en favor de otro sujeto.

Una vez realizada la actividad objeto del apoderamiento se presenta la correspondiente escritura en el Registro de la Propiedad para su calificación e inscripción junto con la citada escritura de sustitución de poder, y el registrador suspende la práctica del asiento alegando en su nota que no se acredita documentalmente la subsistencia del poder originario, lo que es a su juicio condición de validez del sub-apoderamiento o delegación posterior.

Entre las razones que alega el notario autorizante de la escritura de segregación y venta, se encuentran que en la legislación vigente no se exige expresamente la acreditación de la subsistencia del poder, y que en cualquier caso se transcribe en la citada escritura en su totalidad la parte dispositiva de la escritura de poder, dando fe el notario autorizante de que en lo omitido no había nada que indicara una alteración, modificación o condicionamiento respecto de su contenido y alcance.

Según la Dirección General, es posible mantener dos posiciones:

1ª. La acreditación de la subsistencia del poder en el caso de los negocios celebrados por medio de representante, no puede ser exigida en todo su rigor porque eso llevaría a la destrucción de la eficacia de la contratación por apoderado.

2ª. Según el Centro Directivo, también puede mantenerse que no es posible prescindir del requisito de la subsistencia, porque sobre esa base ha cristalizado doctrinal y legalmente el criterio de la necesidad de exhibición por el apoderado de la primera copia autorizada de poder, o de la presentación de copia ulterior expedida a instancia de persona con derecho a obtenerla según la Ley.

En nuestra legislación no se contempla expresamente el caso de la sub-representación aunque es posible que el poderdante prohíba en la misma escritura de poder la delegación a un tercero como resulta de interpretar el artículo 1721 apartado 1º del Código civil.

En nuestra doctrina, se expresó claramente ALBALADEJO⁴³, al afirmar que cuando obrando en nombre y por cuenta del representado el representante nombra un nuevo representante, podrían plantearse algunas de las siguientes posibilidades:

1º. Que se pretenda la extinción del poder originario por la designación de nuevo mandatario conforme al artículo 1735 del Código civil. El primer apoderado ejerciendo su poder nombra nuevo representante al poderdante, quedando revocado el primer poder. Aunque se hable en estos casos de transmisión de poder, se trata en realidad de nuevo poder otorgado.

2º. Que, además de nombrar otro representante, se quiera mantener el primer poder, apareciendo dos representantes con igualdad de facultades, bien en forma mancomunada o solidaria.

3º. Que se pretenda mantener el primer poder otorgado, pero nombrando el apoderado en representación del poderdante un nuevo apoderado para algunos negocios singulares de los que entran en aquél poder, siendo este el auténtico supuesto de sub-apoderamiento.

4º. Por último, puede ocurrir que se mantenga el primer poder pero nombrando el apoderado en representación del poderdante otro apoderado para cualesquiera asuntos del representado, que por cualquier causa no entrasen en el poder del primer apoderado. En esos asuntos el primer apoderado únicamente tendría, según el mencionado autor, «poder para apoderar».

Al respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma en la Resolución de 10 de febrero de 1995:

1º. La técnica del sub-apoderamiento tiene por objeto ensanchar el ámbito de actuación del poderdante; no se persigue limitar las facultades del apoderado, ni suplir su legitimación.

2º. La similitud de situaciones entre el apoderado y el que por sustitución adquiere poder, no puede llevarnos a exigencias extremas para el sustituto que tampoco son de recibo para el apoderado. Al sustituto no debe exigírsele nada que vaya más allá de su propia legitimación y, en consecuencia, no es procedente exigir al otorgante de la escritura por sustitución del apoderado la acreditación de subsistencia del poder, puesto que es una exigencia excesiva por encontrarse fuera del campo de acción del sustituto. En estos casos, ni tan siquiera la presentación de la copia del poder en el momento del otorgamiento garantiza subsistencia.

3º. No puede alegarse que el poderdante quede desprotegido ante la ignorancia del número y destino de los sub-apoderamientos, puesto que, de una parte, el apoderado

⁴³ Vid. op. cit. *La representación*, pág. 784.

está obligado a comunicar las incidencias de sus gestiones, entre las que deben considerarse incluidas el nombramiento de sub-apoderados y, además, el poderdante siempre puede requerir del apoderado información sobre posibles sub-apoderamientos realizados, además de la posibilidad de prohibir al tiempo de otorgar el poder inicial cualquier otro sub-apoderamiento conforme al artículo 1721 del Código Civil.

La mencionada Resolución sienta la doctrina registral por la que, en el caso de la sustitución, no se requiere la acreditación de la subsistencia del poder al tiempo del otorgamiento de escrituras, por razones de tipo práctico y legal.

Esta Resolución ha sido muy importante en la doctrina Registral y ha generado una interesante conexión doctrinal con otras posteriores, entre las que debemos destacar la Resolución de 10 de mayo de 2018 (BOE nº 130, de 29 de mayo de 2018).

El asunto de fondo se refiere a una escritura de compraventa otorgada por la apoderada del vendedor (cónyuge) que manifiesta la plena vigencia del poder otorgado a su favor al tiempo de dicho otorgamiento, si bien dicho vendedor y poderdante había fallecido en la madrugada del mismo día del otorgamiento de la escritura, por lo que a juicio del notario existían dudas fundadas y razonables de no resultar debidamente acreditada la subsistencia del poder de representación de la compareciente en la escritura, cuestión capital de la que depende la validez del negocio jurídico celebrado, toda vez que la muerte del poderdante determina la extinción del poder.

Entra en juego la constatación de la buena fe en los intervinientes y, al respecto, la Jurisprudencia ya se pronunció en la Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008⁴⁴, y de 13 de febrero de 2014⁴⁵, considerando que la buena fe del apoderado es imprescindible para que el poderdante quede vinculado por el negocio representativo, sin que sea suficiente con la buena fe del tercero.

En concreto, la Sentencia de 24 de octubre de 2008 ya declaró que lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato es nulo, y como tal, no vincula al mandante dejando al mandatario como responsable frente al tercero. La excepción a la regla general viene dada por el citado artículo 1738 que exige, no obstante, la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es, que desconociera la anterior extinción del mandato; en segundo lugar, que el mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato.

Para la Sentencia de 13 de febrero de 2014, «del mismo modo una interpretación a contrario sensu» de lo dispuesto por el artículo 1734 del Código civil lleva a considerar que, si se trata de un mandato general, la revocación sí puede perjudicar a los terceros,

⁴⁴ R.A. 114.

⁴⁵ R.A. 495.

salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el artículo 1738, que requiere la buena fe por parte de mandatario y tercero.

Y, centrada propiamente en el supuesto de extinción por revocación (no por muerte del poderdante), la Sentencia de 22 de enero de 2015 declara que la revocación de un poder notificada al apoderado extingue el mismo, sin que el hecho de que el apoderado conserve la copia autorizada de la escritura pública de poder implique que éste pueda realizar válidamente negocios con terceros, aunque estos sean de buena fe y a título oneroso (en el caso analizado por dicha Sentencia, el apoderado, después de habersele notificado la revocación por el poderdante, utilizó la copia autorizada de la escritura el poder para otorgar una hipoteca que se inscribe en el Registro, la cual es anulada por la decisión judicial confirmada por el Tribunal Supremo).

Por último, la Sentencia de 7 de junio de 2018⁴⁶ declara que el artículo 1718 del Código civil, relativo a actos ya iniciados al fallecimiento del mandante y que faculta al mandatario a terminar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, siempre que fuese posible legalmente.

La doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 10 de mayo de 2018 se refiere a un supuesto en el que el recurrente alega que el registrador fundamentó su negativa a continuar con el procedimiento de inscripción en lo previsto por el artículo 1732 apartado 3º del Código civil relativo a la extinción del mandato, considerando que cuando se celebró la compraventa de inmueble mediante intervención de apoderado, esa misma madrugada previa al día del otorgamiento se produjo la muerte del poderdante, según consta en certificado de defunción presentado por la viuda en el mismo Registro, ante lo que una vez realizado asiento de presentación del título, el registrador ordena la suspensión del procedimiento.

Sin embargo, el que fuera comprador y recurrente, alegó que el registrador no había aplicado el artículo 1738, que es el que verdaderamente afecta al principio de la seguridad jurídica, por cuanto el citado comprador actuó en todo caso de buena fe, debiendo presumirse igualmente la buena fe del apoderado vendedor, salvo prueba eficiente en contrario.

Finalmente, la Dirección General estimó el recurso interpuesto por el comprador afectado por la suspensión del procedimiento registral de inscripción de dominio, tomando como base la Jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, según la cual la concurrencia de buena fe en el tercero adquirente, y también en el apoderado, son requisitos derivados directamente del artículo 1738 del Código civil y concurrentes en el asunto de fondo,

⁴⁶ R.A. 2103.

criterios ratificados también por las Sentencias de 12 de noviembre de 2013⁴⁷ y 7 de octubre de 2014⁴⁸.

En el asunto de referencia, el tercero adquirente desconocía la extinción del poder por muerte del poderdante, aunque ésta hubiera tenido lugar de forma casi paralela al otorgamiento de la citada escritura que constituía título registral, y el apoderado igualmente desconocía dicho fallecimiento, causa que provocaba la extinción del poder. En consecuencia, el Centro Directivo dictaminó que la compraventa debía ser mantenida plenamente en su validez, con las correspondientes consecuencias en la práctica del asiento de inscripción solicitada.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

— «*Derecho civil*», vol. II, Derecho de obligaciones, 10ª ed., Barcelona, 1997.

— «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *Revista General Legislación y Jurisprudencia*, abril-1947, Separata Ed. Reus.

— «La representación», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11, nº 3, 1958, págs. 767 a 804.

BELTRÁN DE HEREDIA, J. *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario al artículo 1160» *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVI-vol.1º, Madrid, 1980.

BORRELL Y SOLER, A. *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985.

CRISTÓBAL MONTES, A. «Los elementos personales y reales del pago» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1987.

DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*, reedición Madrid, 1985

DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979.

— *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I Madrid, 1986.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, t. II, 5ª ed. Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO y ÁLVAREZ-OSSORIO, Mª. C. *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.

⁴⁷ R.A. 5638.

⁴⁸ R.A. 4241.

GOMÁ SALCEDO, A. *Derecho Notarial*, Madrid, 1992

HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983

JORDANO BAREA, J. «Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1950», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 1382.

JORDANO FRAGA, J. «Comentario a la Sentencia de 4 de marzo de 1988: doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción» *Anuario de Derecho Civil*, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General*, vol. III. Barcelona, 1990.

— *Derecho Civil*, tomo II, 14ª edición, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *Pago y transmisión de propiedad* Madrid, 1990.

MORENO MOCHOLÍ «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945.

OSSORIO MORALES, J. *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Parte General*, Granada, 1986 (reedición actualizada por OSSORIO SERRANO, J. M.).

ROCA SASTRE, R. «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado I*, Barcelona, 1952.

TAMAYO CLARÉS, M. «Temas de Legislación Notarial». *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Separata nº 12. Agosto, 1988.

TRAVIESAS, «La representación voluntaria», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto.

Fecha de recepción: 25.10.2018

Fecha de aceptación: 02.04.2019