

Responsabilidad del *falsus procurator* por no ratificación del contrato celebrado sin poder

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

RESUMEN

La frustración del contrato del falsus procurator por la no ratificación del dominus puede comportar perjuicios para el cocontratante, de los que debe responder aquél. Frente a la tesis mayoritaria en nuestra doctrina, que califica esa responsabilidad de precontractual, se defiende en este trabajo que se trata de una responsabilidad distinta y autónoma, más próxima a la culpa ex artículo 1902 CC, y basada en la actuación irregular de quien contrata a nombre de otro sin estar autorizado. La reparación podrá ser excepcionalmente in natura, si la prestación derivada es fungible, o vía indemnización, que consistirá en general en el interés negativo y, en casos de responsabilidad agravada, en el interés positivo.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Hipótesis normativas en que puede haber lugar a responsabilidad por representación sin poder (suficiente).* III. *Fundamento y naturaleza de esta responsabilidad.*—IV. *Sujetos implicados en esta responsabilidad y participación respectiva.*—V. *Presupuestos de la responsabilidad del falsus procurator.*—VI. *Régimen jurídico de esta responsabilidad.*—VII. *Efectos de la responsabilidad.*

I. INTRODUCCIÓN

1. RELEVANCIA ACTUAL, INTERÉS OBJETIVO DE ESTA RESPONSABILIDAD

La problemática de la representación sin poder (suficiente) es muy amplia, como creciente es su importancia práctica en la vida real, donde cada día es más frecuente la contratación por medio de gestor oficioso que prepara, discute y ultima el contenido y detalles

del negocio, dejándolo pendiente de la ratificación del interesado en vista del resultado alcanzado; todo ello en lugar de dar el *dominus* poderes *ad hoc*, con el riesgo de que el contrato representativo que celebrar no se adecuara perfectamente a lo que preveía el interesado¹. La ratificación adquiere, así, particular trascendencia en el tráfico jurídico-económico. De forma paralela y refleja, también la no ratificación y sus secuelas.

De aquella problemática varias cuestiones han sido estudiadas por la doctrina: la ratificación y sus efectos, la situación del contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación, la «revocación» del mismo por la otra parte contratante. Una de las menos exploradas es la de la responsabilidad del representante sin poder (suficiente), en particular cuando no hay ratificación, aun abordada, tangencialmente y en términos generales, sea al estudiar la representación sin poder², ya con ocasión de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, como uno de sus supuestos³. No hay, en todo caso, en nuestra doctrina, un estudio detenido de esa responsabilidad como objeto específico de atención o investigación –a diferencia de otros países, donde se le ha prestado mayor atención, en particular por la doctrina alemana e italiana–, no obstante vivir el Derecho moderno un momento social y científico en que ha accedido a primer plano la responsabilidad civil y ser, sociológica y jurídicamente, la «hora de la responsabilidad».

De esa responsabilidad (del representante sin poder) destaca no sólo su interés objetivo, sino su «marginalidad» normativa en un ordenamiento que regula deficientemente el instituto de la representación (cfr. art. 1259 CC), mayor deficiencia aún en cuanto a la representación sin poder (sólo el art. 1725 CC, para un caso concreto), y en términos semejantes por lo que afecta a la responsabilidad precontractual, donde inicialmente suele ubicarse aquélla. Tal situación aumenta el interés de dicha cuestión e incentiva su estudio.

¹ Conocedores tan prestigiosos como directos del tráfico jurídico real, como son DE LA CÁMARA-LORA TAMAYO-BOLAS ALFONSO, han podido decir a este respecto que «con frecuencia algunas personas y entidades prefieren ratificar la representación invocada por otorgar previamente un poder que lo consideran muchas veces inútil por si fuera del mismo se quedan algunas facultades y peligroso por si se ponen más facultades de las debidas se pueden prestar a abusos de confianza» (con cita de Núñez Lagos) («La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional», *Rev. D. Not.*, 1989, p. 85).

² Así, en los trabajos de Díez-PICAZO, GORDILLO CAÑAS, SERNA MEROÑO, BADENES CARPIO, COLÁS ESCANDÓN, que citaré.

³ Trabajos de M. ALONSO PÉREZ, C. I. ASÚA GONZÁLEZ, M. P. GARCÍA RUBIO y otros, que traeré con citas concretas.

2. SUPUESTO DE HECHO TÍPICO Y CUESTIONES QUE SUSCITA *PRIMA FACIE*

La parcela de la vida real, el supuesto de hecho a que corresponde la cuestión apuntada es, sustancial y básicamente, la siguiente: Ticio, diciendo representar a Sempronio, vende a Cayo una finca del segundo, de quien no tenía poder, o con poder insuficiente (sólo para arrendarla); Sempronio decide no ratificar la venta, y Cayo, que en el tiempo transcurrido ha perdido otras ocasiones de comprar una finca que necesita, alega perjuicios por la frustración de ese contrato y reclama su indemnización. *¿Quid iuris?*

Además de otras consideraciones (múltiples son posibles), y de las cuestiones que una primera visión de ese fenómeno jurídico pone de manifiesto –contrato frustrado por su ineficacia inicial y no ratificación, perjuicios verosímiles para el comprador frustrado y necesidad de que sean indemnizados–, si reparamos un poco más en ello con ánimo y curiosidad jurídica, no cuesta mucho entrever allí otras varias:

a) qué otros negocios, además del contrato, son susceptibles de una problemática idéntica o paralela; qué situaciones negociales o cuasinegociales cabe contemplar en ese mismo contexto y problemática;

b) la presencia, con papeles e intervención diferentes, de esos tres personajes –un representante sin poder, un representado y un cocontratante– obliga a considerar la distinta participación de cada uno y sus posibles posiciones subjetivas –conocimiento o no de la inexistencia o insuficiencia del poder, buena o mala fe, promesa de ratificación por el interesado;

c) en cuanto a los perjuicios verosímiles, diferentes pueden ser objetivamente, y a varias personas pueden afectar: no sólo al cocontratante, sino posiblemente al *dominus* y también a algún tercero (directamente o como efecto reflejo); quizá en algún caso el perjuicio no provenga de la no ratificación (caso tipo), sino de la eficacia limitada de esta última (respeto de los derechos adquiridos por tercero *medio tempore*);

d) por lo que respecta a la responsabilidad a que haya lugar, junto a la cuestión de a quiénes alcanza (cuántos, cuáles de aquéllos), no deja de interesar la relativa a de qué responsabilidad se trata y por qué (fundamento de la misma), así como el alcance y régimen jurídico según la calificación y justificación que merezca.

3. INFLUENCIAS DOCTRINALES Y CUESTIONES RELEVANTES IMPLICADAS

3.1 La teoría de la voluntad, el negocio jurídico y la representación

La cuestión de la responsabilidad del representante sin poder se ha visto muy influida por teorías y construcciones relativas a la representación, cargadas de dogmatismo; más, quizá, que por las de la responsabilidad. En efecto, el instituto de la representación ha sido muy tributario de la teoría de la voluntad –en la explicación de su mecánica funcional y en cuanto instrumento típico de la autonomía de la voluntad–, y ha quedado ubicado sistemáticamente en el ámbito del negocio jurídico. En ese contexto se han producido la excesiva atención prestada al aspecto voluntarista de la representación negocial, la distinción entre parte formal y parte material en el negocio jurídico, y la consideración del representante como autor del negocio y la no producción de los efectos en su esfera jurídica, sino en la del representado. Consecuencia de ello es también el carácter excepcional con que es contemplada la responsabilidad del representante –quien, en aquella inteligencia, debería quedar desvinculado y al margen de las consecuencias de la relación representativa–; así como el quedar fuera del ámbito de la responsabilidad contractual. Esas ideas no dejarán de influir en casi todas las construcciones y razonamientos relativos a la responsabilidad del *falsus procurator* [f. p., en lo sucesivo] y son culpables de alguna incongruencia en su tratamiento (por ejemplo, habría que considerar parte negocial durante la fase de formación del contrato al representante, ya que puede resultar responsable?)⁴.

Por otro lado, ausente de regulación específica en nuestro ordenamiento aquella responsabilidad, pero próxima conceptualmente a materia colindante (exceso de mandato, responsabilidad del mandatario por cumplimiento defectuoso de su encargo, etc.), también ha influido el régimen legal de esta última en aquella, con asimilaciones y confusiones que hay que evitar, dadas las posibles interferencias; porque lo que aquí interesa no es la relación mandante-mandatario y sus consecuencias, sino la del representante (mandatario, en su caso) con el tercero en orden a aquella responsabilidad.

⁴ Cfr. Caetano PETRELLI, «Atto notarile, obblighi e responsabilità del rappresentante», *Rivista del Notariato*, 1995-3, p. 517. Véase también P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berna (Ed. Staempfli), 1963, p. 71.

3.2 Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator* y posición de «la otra parte contratante»⁵

A) Partiendo de que en el negocio representativo participan con verdadera voluntad negocial tanto representante como representado (tesis hoy predominante)⁶, y de que en nuestro ordenamiento hay dos formas hábiles de expresión y llegada a dicho negocio de la voluntad del *dominus*, el poder previo o la ratificación, ambos con idéntica función negocial, considérase indiferente para la eficacia final del negocio que el consentimiento del interesado llegue antes o después de la actuación del (falso) representante (art. 1259 CC). En consecuencia, el contrato celebrado por éste con el «tercero» antes de la ratificación no es sino una parte de cierto camino negocial no concluido, pero viable, al que falta el consentimiento del representado (imprescindible, en cuanto titular del objeto negocial), que puede llegar más tarde. Resulta, así, que el contrato del *falsus procurator* es un negocio en vías de formación, incompleto (le falta la voluntad negocial del *dominus*), e ineficaz por ese motivo, por todavía no perfecto, pero que puede quedar completo y eficaz si le llega esa voluntad por medio de la ratificación, que la ley prevé como algo no irregular sino perfectamente posible (art. 1259.2.º CC). El contrato de referencia es, pues, ineficaz, no por nulo o por pendiente del cumplimiento de una condición (la ratificación), sino aún no eficaz por *im*-perfecto, negocio de formación sucesiva todavía inacabado, en espera de que la ratificación del representado le aporte la voluntad negocial de esa parte que todavía no ha hablado directa ni indirectamente (no hay poder suficiente)⁷. Esta teoría e interpretación del contrato del *f. p.*

⁵ Aludo a estas cuestiones porque la idea que se tenga de ese contrato y de la posición jurídica del cocontratante puede condicionar el razonamiento pertinente y las conclusiones a que haya lugar en orden a la responsabilidad del *f. p.* De una y otra me he ocupado en ocasiones anteriores: «Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*», *ADC*, 1976, pp. 1047 ss., en cuanto a la primera, y «El desistimiento unilateral del “tercero” en el contrato del representante sin poder», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid (Thomson-Civitas), 2003, pp. 2899 ss., en cuanto a la segunda. Por ello, sin perjuicio de la remisión inevitable, traigo aquí sucintamente lo que pienso de tales cuestiones.

⁶ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, vol. II (Madrid, 1976), pp. 229 ss.

⁷ Véase mi trabajo «Naturaleza y situación del *falsus procurator*», *loc. cit.*, pp. 1047 ss. (1122 ss.) y mi capítulo sobre representación en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. I-3.º, ed. 1990, pp. 327 y 328. En el primero me refiero a las principales teorías al respecto: a) las de la nulidad, con diferentes versiones, para las que el negocio del *falsus procurator* sería nulo o inexistente; b) la teoría de la anulabilidad: este negocio es considerado como anulable, y la ratificación equivalente a la confirmación; c) teoría de la eficacia sometida a condición (que lo sería la ratificación del *dominus*), de la que sólo dependen los efectos del negocio, perfecto y válido ya; d) teoría de la oferta: antes de la ratificación no hay negocio, sino sólo algo preparado a modo de oferta del tercero al *dominus*, que se convierte en negocio

tiene cada día mayores adhesiones tanto en la doctrina italiana (y su jurisprudencia) como en la española⁸, y también, de forma menos convencida, por parte de nuestros tribunales⁹.

B) Antes de la ratificación por el *dominus* no hay, pues, contrato perfecto o efectivo; luego no puede haber una relación y vinculación contractual: el cocontratante no es (todavía) parte contractual *stricto sensu*. Por otro lado, tampoco puede decirse que ahí no hay nada jurídicamente, que el contrato es nulo o inexistente, porque si lo fuera no cabría su sanación por medio de la ratificación, ni tendría ésta eficacia retroactiva referida al momento de la negociación (que doctrina y jurisprudencia le conceden unánimemente), ni sería necesaria la «revocación» para que esta contraparte quede desvinculada, amén de otras consecuencias posibles en ese mismo estadio negocial. Se trata –acabo de decir– de un negocio de formación sucesiva, iniciado y no acabado, con unos particulares efectos provisionales, a la espera de su culminación y perfección con la ratificación del representado –especie de clave de bóveda: con ella queda cerrado el ciclo negocial y perfecto el negocio; sin ella todo lo hecho se viene abajo–, pero claudicante por la posibilidad de no ratificación por el *dominus* o de su revocación por la otra parte.

Aunque no todos los elementos esenciales del contrato concurren todavía en el del *falsus procurator*, es tomado en consideración y protegido por el ordenamiento jurídico, que le atribuye unos limitados efectos jurídicos (efectos preliminares, de que hablaron Fitting y Ihering); y tutela esa situación durante cierto tiempo y protege a los interesados en él. En ese estadio negocial y vinculación provisional la ley prevé dos actitudes: la ratificación del *domi-*

cuando éste acepte a través de la ratificación; e) teoría del negocio incompleto o en vía de formación (aludida *in extenso* en el texto). Cfr. también, desde otra perspectiva, A. COLÁS ESCANDÓN, *La ratificación*, Granada (Ed. Comares), 2000, pp. 279 ss.

⁸ En la doctrina italiana, véase GRAZIANI, PUGLIATTI, RUSSO DE CERAME, GIORDANO, MESSINEO, S. ROMANO (posición y referencias concretas pueden verse en mi trabajo citado en la nota anterior). En la doctrina española, cfr. Díez PICAZO, *La representación en Derecho privado*, Madrid (Civitas), 1992, p. 223, y coment. artículo 1259 CC, en *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, pp. 439 y 440 (matizadamente y con distinciones); BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona (Aranzadi Ed.), 1998, p. 207; COLÁS ESCANDÓN, obra citada, pp. 347 ss. Cfr. también LEÓN ALONSO, coment. artículo 1727 CC, en *Comentarios EDERSA* (dir. Albaladejo), t. XXI-2.º, Madrid, 1986, pp. 377 ss.; SERNA MEROÑO, coment. artículo 1259 CC, *Comentarios EDERSA*, t. XVII-1.º-A (Madrid, 1993), pp. 520 ss.; GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 317 ss. En la jurisprudencia, véase, entre las más notables sentencias recaídas sobre esta materia, las de 7 de julio de 1944, 25 de junio de 1946, 11 de junio de 1966, 31 de marzo de 1971, 23 de octubre de 1980, 27 de marzo de 1987, 28 de mayo y 17 de junio de 1991, 12 de junio de 1997.

⁹ Acogen con mayor o menor precisión las ideas que acabo de exponer en el texto las SSTs de 29 de marzo y 10 de octubre de 1963, 13 de diciembre de 1965, 31 de marzo de 1971, 15 de noviembre de 1977, 18 de febrero de 1992 (que habla de contrato incompleto hasta que se produzca la ratificación). Sorprendentemente, dos sentencias recientes del TS, de 12 junio 1997 y 10 junio 2002, califican de anulable el contrato del *f. p.* (porque cabe su sanación) (!).

nus, que perfeccionará el contrato; y la revocación del cocontratante, que le permite desvincularse y que frustra definitivamente el negocio inacabado. Es, sin embargo, distinto el papel de uno y otro, pues si el pseudo-representado no se ha pronunciado todavía de manera eficaz (falta su poder previo y aún no ha ratificado), el cocontratante ha dado ya su consentimiento negocial, si bien será distinta su situación según que conozca o no la ausencia de legitimación del *f. p.*, dato que puede repercutir en varios aspectos. De esa distinta posición jurídica resulta que si el *dominus negotii* puede ratificar o no con libertad, el cocontratante, en cambio, tiene derecho a retirarse sólo limitadamente de una relación negocial incipiente (en la que sí ha participado), para no quedar indefinidamente a merced de la decisión quizá intempestiva del *dominus*. Esa «otra parte contratante» resulta, así, protegida jurídicamente por medio de su facultad de revocación (*rectius*, desistimiento) (art. 1259.2.º CC) y, en otro caso, por medio de la indemnización de los perjuicios que haya sufrido por la frustración del contrato (responsabilidad del *falsus procurator*).

4. PERSPECTIVA HISTÓRICA. INDICACIÓN SOMERA

Aunque sin la sutileza de los planteamientos modernos, la cuestión de la extralimitación en el mandato y en la *negotiorum gestio* no fue ajena a los juristas romanos. El gestor quedaba obligado frente a los terceros, a falta de la *ratihabitio*, cuando dolosamente les hubiera hecho creer que estaba autorizado para actuar por cuenta del *dominus*; cesaba esa responsabilidad si éste ratificaba¹⁰. El Derecho romano conoció diferentes mecanismos jurídicos para resolver el problema de la extralimitación, según los casos: si el deudor creyó hacer el pago a persona autorizada para recibirlo (sin estarlo), podía ejercitar la *conditio sine causa*; si sabía que pagaba a persona no autorizada, en espera de la ratificación, y ésta no llegó, podía actuar contra el gestor (no autorizado) con la *conditio causa data causa non secuta*; y otros supuestos¹¹.

En el *ius commune*, donde ya fue objeto de discusión el problema de la responsabilidad del representante (mandatario) sin poder¹², la cuestión es llevada por los comentaristas al ámbito del mandato extralimitado, el incumplimiento contractual y el juego de la *actio*

¹⁰ Cesare BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel Diritto privato romano* (reedición anastática de la ed. Roma, 1889-1891), Roma (Giorgio Bretschneider), 1975, t. I, p. 63.

¹¹ Véase más ampliamente, con cita puntual de textos romanos, C. BERTOLINI, *op. loc cit.*

¹² Cfr. L. MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Viena, 1885, pp. 164 ss.

mandati directa y la *contraria*, con menor atención prestada al tercero afectado¹³. Hay que esperar a Domat y, sobre todo, a Pothier, quien al estudiar el mandato sólo atiende a las relaciones internas¹⁴ pero en sede de obligaciones sí se fija en un aspecto que aquí interesa: si el *falsus procurator*, que dice no quedar vinculado cuando contrata en nombre de otro, promete que su principal ratificará el contrato, si esa promesa queda incumplida resultará responsable el falso representante frente a la otra parte¹⁵.

La doctrina alemana del siglo XIX estudió esta cuestión con detenimiento. Laband consideró como un caso de *culpa in contrahendo* [*c. i. c.*, en lo sucesivo] la actuación del falso representante¹⁶; Mitteis profundizó en la cuestión al estudiar la representación¹⁷; igualmente otros autores (Scheurl, Windscheid y demás), con idéntica ocasión. En la misma Alemania es reconsiderada la responsabilidad del *falsus procurator* con ocasión de los trabajos preparatorios y proyectos del BGB, y si en principio, por influencia de Ihering, fue considerada como un caso de *c. i. c.*, en la definitiva se le dedicó una norma específica (el § 179), al margen de aquélla y quedó diseñada la que nos ocupa como responsabilidad sin culpa¹⁸.

En Derecho español la cuestión ha pasado desapercibida al legislador, que nada ha dicho ya desde los precedentes del artículo 1259 CC, y sólo hay alguno, difuso e inconcreto, en el artículo 1616 del Proyecto de 1851 –que lo es del actual 1725 CC–, y en su comentario de García Goyena¹⁹.

Los ordenamientos latinos hijos directos del *Code Napoleon* prácticamente no regularon esta cuestión, por poner el acento en el mandato y relación interna y llevarla al terreno del incumplimiento contractual (cfr. art. 1997 CC francés): así, en los códigos civiles italiano de 1865, belga o portugués de 1867 (tampoco en el actual) no está regulada directamente la responsabilidad del falso repre-

¹³ Cfr., por ejemplo, Hugo DONELLO, *Commentariorum de jure civili*, t. III (en *Opera Omnia*, Florencia, 1841), libro XIII, cap. 12.

¹⁴ *Traité du contrat de mandat*, cap. III, núm. 88 (*Œuvres*, t. VI, París, 1825, p. 141).

¹⁵ *Traité des Obligations*, parte I, cap. I, núm. 74-76 (*Œuvres*, cit., t. I, pp. 134-135).

¹⁶ Su conocido trabajo «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutsch. Handelsgesetzbuch», *Zeitschrift für das ges. H. R.*, vol. X, pp. 234 ss.

¹⁷ Obra citada, pp. 166 ss.

¹⁸ Véase más ampliamente sobre los antecedentes inmediatos del § 179 BGB y su gestación, en ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1989, pp. 149 y 150.

¹⁹ Tras mencionar los precedentes de ese artículo en otros ordenamientos, comenta: «Sin darle conocimiento, etc. No bastará, pues, en este caso que el mandatario diga que contrae a nombre del mandante, porque éste no quedará obligado en lo que se obre fuera de, o contra los poderes que dio. – Pero si el tercero fue sabedor del exceso, no tiene motivo alguno de agravio y queja aunque el mandante no ratifique lo hecho; *scienti et volenti non fit injuria*, 145 de *regulis iuris*, y 25, título 34, Partida 7».

sentante; en el nuestro, sólo indirecta y ambiguamente aludida por alguna norma: cfr. artículo 1725 (el 1259 calla al respecto). Sí lo está, en cambio, en los códigos más modernos: italiano de 1942, BGB y el griego (próximo al anterior), holandés, y en convenios y trabajos transnacionales²⁰.

II. HIPÓTESIS NORMATIVAS EN QUE PUEDE HABER LUGAR A RESPONSABILIDAD POR REPRESENTACIÓN SIN PODER (SUFICIENTE)

En el apartado anterior he presentado el supuesto de hecho más general, prototipo de responsabilidad del *f. p.* Traigo ahora varias

²⁰ *Código civil italiano, artículo 1398*: «Aquel que ha contratado como representante sin tener poderes o traspasando los límites de las facultades conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante ha sufrido por haber confiado sin culpa por su parte en la validez del contrato». Relacionáanse con este precepto los artículos 1337 y 1338 CC (responsabilidad precontractual).

Código de las Obligaciones suizo, artículo 39: «1. Si la ratificación es rehusada expresa o tácitamente, el que ha tomado la calidad de representante puede ser demandado en reparación del perjuicio resultante de la invalidez del contrato, a menos que pruebe que la otra parte ha conocido o debido conocer la ausencia de poder.—2. En caso de culpa del representante, el juez puede, si lo exige la equidad, condenarlo a indemnizar perjuicios de mayor consideración.—3. Subsiste en todo caso la acción fundada en el enriquecimiento injusto».

B.G.B., § 179: «1. Quien ha realizado un contrato como representante, en tanto no acredite su poder de representación, queda obligado frente a la otra parte, a elección de ésta, al cumplimiento o a la indemnización de daños si el representado rehúsa la ratificación del contrato.—2. Si el representante no ha conocido la falta de poder de representación, queda sólo obligado a la indemnización de los daños que la otra parte sufra por haber confiado en el poder de representación, sin que, sin embargo, esta reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato.—3. El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. Tampoco responde el representante si su capacidad negocial está limitada, a no ser que haya actuado con el consentimiento de su representante legal». (Guarda relación este párrafo con los §§ 178 y 184.) En términos semejantes, el CC griego (art. 231).

Código civil holandés, artículo 3.3.10 (70 del libro III): «Quien actúa como representante garantiza a la otra parte la existencia y la extensión de su poder, salvo que ésta sepa o deba saber que falta poder suficiente, o si el representante le ha comunicado íntegramente el contenido del poder».

Convenio sobre representación en la venta internacional de mercancías [Convention on Agency, en lo sucesivo], artículo 16: «1. Un representante que actúa sin poder o fuera de los límites del poder quedará obligado, a falta de ratificación, a pagar a la otra parte una compensación que sitúe a ésta en la misma posición en que habría estado si el representante hubiera actuado con poder o dentro de los límites de éste.—2. El representante no quedará obligado, sin embargo, si la otra parte conocía o debía haber conocido que el representante no tenía poder o que estaba actuando fuera de los límites del mismo».

Principios del Derecho Europeo de Contratos, artículo 3.204 [Principios D. E. C.]: «1. Cuando una persona actúa como representante pero carece de poder de representación o actúa fuera del objeto de su poder, sus actos no vinculan ni al principal ni al tercero.—2. Si no se produce la ratificación por el principal de acuerdo con el artículo 3.207, el representante está obligado a pagar al tercero una indemnización de daños que coloque a éste en la misma situación que tendría si el representante hubiera actuado con poder. Esta regla no se aplica si el tercero conocía o no podía desconocer la falta de poder de representación del agente».

hipótesis fácticas y normativas tan próximas entre sí que, aun distintas, permiten aplicar los mismos esquemas jurídicos y soluciones que los del supuesto básico. Hay otras no tan claras, por lo que distinguiré, junto a los casos típicos de esa responsabilidad, algunos en los que inicialmente parece que no procedería; y luego, situaciones discutibles, más alguna con tratamiento legal diferenciado.

1. CASOS TÍPICOS EN QUE HA LUGAR A RESPONSABILIDAD DEL *FALSUS PROCURATOR*

Me limito ahora a poco más que enumerarlos, justificando su inclusión aquí. Volveré a referirme a ellos con más detenimiento y expresión de las condiciones que deben concurrir en cada caso, al tratar los *sujetos* de esta responsabilidad (apart. IV.2).

a) *Inexistencia absoluta de poder*

Es el caso más claro y directamente aludido por el artículo 1259.2.º CC, el del más caracterizado *falsus procurator*. Aquí el representante carece, en absoluto, de legitimación para actuar e injerirse en la esfera jurídica ajena.

b) *Extinción del poder (que hubo)*

Extinguido el poder (cfr. art. 1732 CC), deja de haberlo y el representante de estar legitimado, y su actuación desautorizada; en el marco y esquema funcional de la representación voluntaria su acto representativo no puede ser eficaz para el *dominus* (cfr. art. 1259.1.º CC). (Cfr., sin embargo, arts. 1734 y 1738).

c) *Extralimitación del poder y del mandato (sin ratificación)*

En la representación voluntaria los límites del poder y del mandato vienen marcados por la voluntad del poderdante (o mandante) en cuanto legitimadora del apoderado (mandatario), en términos más o menos explícitos. En todo caso, si el apoderado o mandatario traspaasa esos límites carece de legitimación, y en lo que se haya excedido no queda obligado el principal sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1727.2.º CC).

d) *El albacea*

Que traspaasa los límites del encargo conferido por el testador, o que actúa cuando no tiene validez (testamento nulo) o se ha extin-

guido (art. 910 CC). La jurisprudencia (no siempre con acierto), más que la doctrina, ha asimilado esta institución al mandato. Aunque tienen distinta naturaleza, funcionalmente están muy próximas, incluso en la situación que ahora interesa.

e) *Socio que se extralimita de sus poderes*

La actuación negocial del socio gestor vincula a la sociedad (civil) frente a terceros sólo si aquél actúa con el carácter de tal, por cuenta de la sociedad, con poder para obligarla y si «ha obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato» (artículo 1697 CC), es decir, si tiene legitimación suficiente. En caso de extralimitación del socio no queda obligada la sociedad y el acto extralimitado es inoponible o ineficaz para esta última (art. 1698.2.º CC), a menos que sea ratificado (art. 1259.2.º, de aplicación general, y 1727.2.º).

e) *Representante mancomunado que actúa solo*

La actuación de un representante solo, cuando son varios los apoderados mancomunados, ha de considerarse irregular (por ser incompleta su declaración representativa), e ineficaz el acto así realizado, salvo ratificación²¹.

2. CASOS EN QUE (INICIALMENTE) NO HA LUGAR A ESTA RESPONSABILIDAD

Pienso que, en principio, no ha lugar a la responsabilidad que ahora interesa:

a) *Representación aparente*

Cuando se trate de ella –actuación del *dominus negotii* susceptible de generar confianza en que hay legitimación suficiente del representante, valorada aquella actitud y esa confianza con criterios objetivos y razonables; y creencia del tercero de que hay aquella legitimación–, hay, para unos, efectiva representación (el poder deriva de la apariencia creada y demás), no actuación de un *f. p.* ni situación asimilable (cfr. S de 18 marzo de 1993); para otros el

²¹ Werner FLUME, *El negocio jurídico*, trad. de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1998, p. 913.

representado queda obligado por la actuación del representante en razón de la apariencia y de la protección del tercero de buena fe²². En todo caso, hay heteroeficacia. Quizá excepcionalmente, en algún caso –objeto de trato especial en función de sus circunstancias–, haya lugar a un comportamiento equívoco o negligente del *dominus* que cree una duda razonable en el cocontratante acerca de la correcta legitimación del representante, sin llegar a constituir una apariencia jurídica apta y suficiente para poder hablar de representación (mandato) aparente; duda que debe disipar el cocontratante que ponga una mínima diligencia (S de 19 de octubre de 1993). En ese supuesto sí habría lugar a responsabilidad del falso representante por su concreta actuación, y quizá del propio *dominus* por las expectativas razonables defraudadas; pero sin hacer asumir al principal los efectos directos del negocio representativo, precisamente porque no ha habido (verdadera) representación aparente, sino falsa representación. Por todo ello, salvo este supuesto excepcional, *queda excluida la representación aparente de las hipótesis de responsabilidad*.

b) *Representación legal*

Cuando el representante legal sobrepasa el ámbito de su legitimación, las consecuencias jurídicas son distintas de las que aquí consideramos. La doctrina española discute, y la jurisprudencia no es acorde acerca de si en el caso de que el representante legal lleva a cabo un acto sin la autorización judicial que el CC requiere (art. 166 y 271, por ej.) es nulo –opinión de Díez Picazo-Gullón, Gil Rodríguez, Linacero de la Fuente²³; cfr. S de 28 de mayo de 1963–; o anulable (R. Bercovitz²⁴, y SS de 30 de marzo de 1987 y

²² Sobre esta cuestión, véase, en nuestra doctrina, GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978 (obra fundamental); también, J. I. CANO MARTÍNEZ, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990; y BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pp. 297 ss. En la italiana, cfr. F. BENATTI, «Contratto concluso dal *falsus procurator* e responsabilità del *dominus*», *Riv. Dir. Comm.*, 1959-II, pp. 335 ss. (y bibliografía allí citada); M. BESSONE, «Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi», *Riv. Dir. Civ.*, 1967-II, pp. 372 ss.; D'AMELIO, «Apparenza del diritto», *Noviss. Dig. Ital.*, t. I (1958), pp. 714 ss.; VOLPE, «Apparenza di rappresentanza e negozio concluso dal *falsus procurator*», *Giur. di merito*, 1976-I, pp. 84 ss. Para el Derecho alemán, cfr. C. W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971.

²³ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV (ed. 2004), p. 277 (donde hablan de la autorización judicial como requisito de validez del acto); GIL RODRÍGUEZ, coment. artículo 271 CC, en *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, t. I, p. 799; LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Madrid (Montecorvo), pp. 290 ss.

²⁴ R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, Madrid (Tecnos), 1984, ad artículo 166 CC, p. 1119; LACRUZ-RAMS, *Elementos de Derecho civil*, Madrid (Dyckson), t. IV (ed. 2005), p. 418 (cabe la confirmación, dicen). Se inclina por la ratificación

9 de mayo de 1994). Parecida discusión y posiciones en la doctrina foránea²⁵. En esa inteligencia, parece insegura la posibilidad de sanación ulterior de ese negocio (quizá, en el mejor de los casos, confirmación), pero en todo caso creo que no ha lugar a ratificación: el negocio del representante legal que se ha extralimitado no se halla en la situación de *im-perfecto* (ineficaz) –situación típica del llevado a cabo por el *falsus procurator*–; ni puede hablarse de la frustración por la no ratificación, porque puede llegar a tener una eficacia provisional (si anulable). Por tanto, tampoco ha lugar a la responsabilidad de que aquí tratamos. Puede haber o tratarse de otra responsabilidad, que no interesa por ahora²⁶.

c) *Negotiorum gestio*

Pienso que los supuestos de los artículos 1892 y 1893 CC no son incluibles aquí, por el distinto modo de operar de la gestión de negocios ajenos, y de dichos preceptos, que atienden únicamente a la relación entre gestor y *dominus*, y no al tercero con quien se ha entendido o quizá incluso contratado el gestor²⁷. Frente a ese tercero queda obligado el gestor si ha contratado (aunque sea en interés del *dominus*) en nombre propio; también si, contratado en nombre ajeno, no queda obligado el principal *ex* artículos 1892-1893. Aquí no hay la frustración del negocio que se ha realizado, ni defraudación de la confianza que quizá puso el cocontratante en la operación; de la que responden –como acabo de sugerir– el gestor o el *dominus*. Luego no hay ni se trata de la responsabilidad del *falsus procurator* que aquí estudio.

C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Gestión ventajosa y ratificación», *Estudios Homenaje Lacruz Berdejo*, vol. I (Barcelona, 1992), p. 499.

²⁵ En la italiana se inclinan por la no ratificabilidad de estos contratos CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privat italiano*, Napoli, 1949, p. 663, y VISALLI, «Ineficacia del negozio concluso dal *falsus procurator*», *Foro ital.*, 1958, col. 1485. Sostiene la posición contraria MESSINEO, «La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente (“*falsus procurator*”)», *RTDPC*, 1956-I, p. 396.

²⁶ Cfr. PETRELLI, *op. loc. cit.*, pp. 523 y 557. En la doctrina italiana, frente a una posición negativa anterior, por razones semejantes a las que aduzco en el texto, hay una progresiva apertura a la aplicabilidad de las normas sobre representación sin poder (arts. 1388 a 1399 CC) a la representación legal: expresamente, el artículo 1398, que aquí interesa [cfr. A. ZACCARIA, «Rappresentanza (Sistesi d’informazione)», *Riv. Dir. Civ.*, 1990, p. 482].

²⁷ Cfr. LACRUZ BERDEJO, «La gestión de negocios sin mandato», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, Madrid, 1992, t. II, pp. 285 ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Gestión ventajosa y ratificación», *loc. cit.*, pp. 497 ss. En la doctrina italiana, Lino SALIS, «Mandato e gestione rappresentativa», en *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 751; y TILOCCA, «La ratifica nella gestione d’affari», *Studi in onore de F. Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, t. IV, pp. 615 ss. (634-635). Véase también, con posición más matizada, G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui*, Padova, 1958, pp. 130 ss.

d) *El «nuntius»*

El *nuntius*, mero portador de la voluntad ajena –al menos, en los casos más típicos de esa figura²⁸–, carente de la autonomía de que goza el representante, no es parte formal (ni siquiera eso) del negocio representativo hecho para el principal; no cabe achacarle nada ni exigirle responsabilidad por los problemas de la frustración del negocio, en tanto que no le son imputables a ese mensajero por la falta de discrecionalidad en la conformación del mismo: se ha limitado a transmitir al cocontratante la declaración de voluntad del *dominus*; el negocio es sólo de uno y otro de estos dos últimos personajes. No cabe hablar para este caso de la responsabilidad que ahora nos preocupa²⁹.

3. SITUACIONES DISCUTIBLES

Han sido objeto de atención y discusión en la doctrina, a cuyo debate no puedo sustraerme, aunque en nuestro sistema jurídico deban tener otros planteamientos y soluciones, más claras en unos casos que en otros (y con solución positiva o negativa).

a) *Representación indirecta*

En este caso sí hay representación, y quizá quepa la ratificación del *dominus* en algún supuesto y con alguna particularidad (cfr. SS de 30 de septiembre de 1992 y 25 de febrero de 1994)³⁰. Mas dado que el representante queda vinculado directamente con el cocontratante (art. 1717 CC) –salvo en cuanto sea aplicable el último inciso de ese precepto, donde queda obligado el principal, y en tal caso el negocio es eficaz entre este último y el cocontratante–, es en ese ámbito donde procede la reparación de perjuicios, es decir, en el marco de la responsabilidad contractual, o relación represen-

²⁸ Sobre la figura del *nuntius*, cfr. Díez-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 53 ss.; y cuanto dije en LACRUZ y otros, *Elementos*, t. I-3.º (ed. 1990), p. 296.

²⁹ Cfr. PETRELLI, *op. loc. cit.*, p. 494; y FLUME, obra citada, p. 881. VON THUR, en cambio, en Derecho suizo cree aplicable por analogía el artículo 39.1 C.Oblig. al mensajero que transmite inexactamente una declaración de voluntad (cfr. coment. a esa opinión en PROTET, *op. cit.*, p. 71, núm. 200).

³⁰ En mi trabajo «Naturaleza y situación del contrato del *f. p.*» (*loc. cit.*, pp. 107-1058) sostuve –y no he sido el único– que la forma típica de presentación de ese contrato es la de representación directa. De ello deducía que es difícil la ratificación en otro caso. Aunque sigo creyendo que eso será lo más razonable en teoría y casi siempre en la práctica, no me atrevo ahora a excluir absolutamente la posibilidad de la ratificación en caso de representación indirecta, habida cuenta de las múltiples variantes que tiene la actuación representativa. El mejor argumento sería el del *favor negotii* y el interés del representado (sálvese el contrato siempre que sea posible).

tante (mandatario)-tercero, no en cuanto *falsus procurator* (que es lo que ahora interesa)³¹.

b) *Abuso de poder por parte del representante*

Se trata de situaciones varias en que éste no se atiene con rigor al esquema funcional de la representación (actuación en interés del representado) y del poder conferido, sin que se produzca, sin embargo, extralimitación del poder ni transgresión de las instrucciones del *dominus* (*rectius*: cabe el abuso de poder sin estas infracciones). El caso más frecuente es el del conflicto de intereses entre el del representado y el del representante, con prevalencia del de éste: es decir, cuando no actúa en interés de su principal, o no lo hace defendiéndolo como interés esencial o más importante. El abuso de mandato es una forma específica de incumplimiento de ese contrato por parte del mandatario, y es en ese terreno, el del incumplimiento y responsabilidad contractual, al que hay que llevar las consecuencias irregulares (indemnización de los perjuicios del *dominus*), en su caso –razonamiento semejante para el abuso de poder: llévese al ámbito de la relación interna subyacente al poder, la que sea–. Para la doctrina mayoritaria –con opiniones disidentes³²– la actuación representativa con abuso de poder por parte del representado no supone extralimitación, y las consecuencias de esa situación, por lo que afecta al negocio representativo, quedan limitadas al ámbito de las relaciones internas apoderado-poderdante, salvo casos excepcionales³³; y no son, en general (opinión mayoritaria de nuevo), la ineficacia del contrato y la recuperabilidad de los efectos típicos del mismo por medio de la ratificación, o la frustración del contrato por no ratificación. Para algunos, el negocio sería nulo. Estamos, pues, en mi opinión, ante un caso distinto y excluible de los que aquí interesan.

³¹ COLÁS ESCADÓN, *La ratificación*, pp. 85 ss., distingue varias situaciones de ratificabilidad.

³² Véase sobre la cuestión, Díez Pícazo, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 198-199, para quien el contrato es, en ese caso, nulo por causa ilícita. Cfr. también Gordillo Cañas, *op. cit.*, pp. 95 ss.; Colás Escadón, *op. cit.*, pp. 25 ss., y Badenas Carpio, obra citada, pp. 275 ss. Sin embargo, para buena parte de la doctrina italiana, en vista del artículo 1394 (anulabilidad), en estos casos hay exceso de poder, extralimitación cualitativa y habrá lugar a ratificación y aplicación de sus artículos 1398 y 1399 CC: así Galgano y Visintini. En la doctrina alemana, véase Enneccerus-Nipperdey, *Derecho civil (Parte General)* (trad. esp., Barcelona, 1981), t. I, vol. II, 1.ª parte, p. 506; y Flume, para quien el abuso de poder del representante con conocimiento de «la otra parte» equivale a actuación sin poder, con las consecuencias pertinentes (aplicación de los párrafos 177 ss.) (*op. cit.*, pp. 919 y 931).

³³ Cfr. Díez-Pícazo, *La representación*, cit., p. 199, donde añade que en el caso en que el tercero haya conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, por el representante, ello determinaría la ineficacia del negocio representativo.

c) *La representación en el acto unilateral*

Es cuestión muy debatida la de la posibilidad de representación sin poder y la ratificación de los actos unilaterales. Se refiere, sustancialmente, a actos jurídicos como una intimación de pago, el ejercicio extrajudicial de derechos como el retracto o la opción, la interrupción de la prescripción. Irresuelta la cuestión directamente en nuestro sistema jurídico³⁴ –abordada, en cambio, en otros ordenamientos: el § 180 BGB sólo la admite cuando se trata de declaraciones recepticias), y el artículo 1324 CC ital. les aplica las normas de los contratos «en cuanto sean compatibles»–, pienso que, por el juego de los principios generales y aplicación analógica de las reglas de los contratos (en cuanto sean compatibles, como en Derecho italiano), las cosas no deberán ser aquí muy distintas: ejercitado alguno de aquellos actos unilaterales por quien se presenta como representante, el que reciba la declaración de voluntad puede y debe preguntar al interpelante por la calidad y poder con que actúa, y, a partir de ahí, obrar en consecuencia (rechazar formalmente la notificación o el requerimiento, ignorarlo, aceptarlo); si no le es mostrado el poder y hay extralimitación, cabrá la ratificación del *dominus* de la actuación unilateral del *falsus procurator*, si le interesa; si no la hay, parece evidente que al acto así realizado deviene ineficaz, ya que no puede vincular al principal lo hecho en su nombre por persona no legitimada para ello: no habrá habido ejercicio de la opción o del retracto, interrupción de la prescripción –el pago por tercero tiene solución especial (art. 1158 CC)–. La solución para el acto unilateral no debe ser distinta de la del negocio bilateral.

La cuestión principal aquí es la de qué repercusión tiene aquel acto unilateral para la persona frente a quien un falso representante ha ejercitado un retracto o una opción, o le ha reclamado el pago de una deuda con el *dominus* para interrumpir la prescripción. Con la misma justificación y lógica funcional anterior pienso que si el interesado no ha ratificado esa actuación, el tercero perjudicado por el acto unilateral del *f. p.*, que deviene ineficaz por no ratificado, debe ser indemnizado: por la misma razón e idéntico fundamento jurídico, insisto, que el cocontratante en el caso del negocio bilateral.

³⁴ La doctrina española se ha ocupado únicamente de la posibilidad de representación referida a los actos jurídicos no negociales, y la respuesta ha sido, en general, positiva. Se ha ocupado menos de la ratificabilidad del acto unilateral efectuado en interés de otro por quien no tiene mandato ni poder del interesado. Cfr., sin embargo, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 83 y 91-92, donde se manifiesta en sentido favorable; y COLÁS-ESCAÑÓN, *op. cit.*, pp. 443 ss., que se pronuncia en contra de la ratificabilidad con argumentos que no me convencen (sobre todo, el de la desprotección del tercero; precisamente la indemnizabilidad a que me refiero en el texto, para caso de no ratificación, le protege mejor que la nulidad del acto que esta autora predica).

En conclusión: *el acto unilateral de un representante sin poder suficiente sí puede ser objeto de responsabilidad* respecto del tercero frente a quien se llevó a cabo.

d) *El autocontrato*

Superadas hoy las dificultades dogmáticas de otrora, es indiscutible la posibilidad del autocontrato en el Derecho español, en su doble presentación de contrato del representante en interés propio y actuando en representación e interés de un tercero, y contratando el representante en nombre de dos representados diferentes³⁵. Y si esa posibilidad plantea menos problemas en la segunda forma (siempre que la actuación del autocontratante sea correcta), la viabilidad del autocontrato del primer tipo queda subordinada a que no haya oposición de intereses entre los del representante y los de su representado, o a que haya autorización (expresa o implícita, pero cierta) del representado a tal efecto. Prescindo, pues, de los casos en que el autocontrato sea inadmisibile e inválido³⁶ para ocuparme del autocontrato en que el representante no tenga poder suficiente para realizarlo; contrato ineficaz, en principio, si bien susceptible de ratificación por el interesado, con lo que adquirirá plena eficacia³⁷. Ahora bien: ¿podría reclamar indemnización de perjuicios sufridos el representado que no ratifica por la ineficacia y frustración de sus expectativas razonables? Obsérvese que aquí no hay tercero cocontratante sino dos contratantes identificados formalmente ambos bajo la misma persona. Sin embargo, creo que si hubo perjuicios nada impide que haya la correspondiente indemnización, procedente por la conducta ilícita del representante. Otra cosa es si ella es del tipo que aquí estudio, o deriva del incumplimiento (o deficiente cumplimiento) del encargo, con lo que quedaría en el ámbito de la relación interna representante-representado. Aunque es defendible esta posición, pienso que la responsabilidad del falso representante (no legitimado para lo que ha hecho) no difiere sustancialmente de la típica del *falsus procu-*

³⁵ Cfr. LACRUZ y otros, *Elementos*, t. I-3.º, pp. 332 s. (donde aparece mi posición a ese respecto); y, más ampliamente, M. DÍAZ DE ENTRESOTOS, *El autocontrato*, Madrid (Tecnos), 1990, *passim*.

³⁶ LACRUZ-RIVERO, *op. cit.*, p. 334. Cfr. SS de 31 de enero de 1991 y 9 de junio de 1997, sobre invalidez de la autocontratación.

³⁷ LACRUZ-RIVERO, *op. loc. cit.* (con cita de DE CASTRO, ROCA SASTRE, ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO, en el mismo sentido, a favor de la ratificabilidad); también COLÁS-ESCANDÓN, «La incidencia de la ratificación en diversas figuras (Propiedad Horizontal, Fundaciones, Sociedades, etc.)», *Aranzadi Civil*, núm. 15 (diciembre de 2001), pp. 55 ss. En Derecho alemán, SCHILKEN equipara a la actuación del *f. p.* la del representante que pretenda realizar el contrato para sí mismo y en nombre ajeno sin el poder o autorización pertinente (STAUDINGER-SCHILKEN, *Kommentar zum BGB*, Berlín, 2001, *ad* § 179, núm. 6).

rator frente a un cocontratante, ya que lo es en este caso, también, el representado.

4. CASOS ESPECIALES

4.1 Legislación mercantil

Por razones específicas y exigencias del tráfico mercantil –seguridad del mismo, protección de terceros que confían en la apariencia (documental o fáctica)–, contempla la legislación mercantil supuestos de representación sin poder en que queda vinculado directamente el *falsus procurator* frente al tercero; solución y tratamiento específico que hace excepción a la regla general de Derecho civil. Hay dos, entre aquéllos, que quiero destacar con su cita legal, sin más comentario: A) *Letra de cambio*. El artículo 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque (19/1985, de 16 de julio) dice a este respecto: «El que pusiere su firma en una letra de cambio, como representante de una persona sin poderes para obrar en nombre de ella, quedará obligado en virtud de la letra. Si la pagare, tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. Lo mismo se entenderá del representante que hubiere excedido sus poderes, sin perjuicio de la responsabilidad cambiaria del representante dentro de los límites de su poder». B) *Comisión mercantil*. El artículo 247 CCom, tras prescribir que el comitente manifestará que contrata en nombre del comitente o lo hará constar en la antefirma si el contrato es por escrito, añade que «quedará obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión si el comitente la negare» (cfr. art. 1725 CC).

4.2 Personas jurídicas en vía de constitución

Un régimen específico³⁸ de responsabilidad tienen las personas jurídicas en vía de constitución, de las que se ocupan varias leyes especiales con particular referencia a la no inscripción de las mismas en el registro correspondiente. Me ocupo ahora de ellas.

³⁸ Si la persona jurídica se halla correctamente constituida, su régimen de responsabilidad se rige por las normas correspondientes, en los términos vistos para la sociedad civil, artículo 1697 CC; véanse también artículos 128 y 129 LSA y 62 y 63 LSRL, y artículo 124 Regl. R. Merc.; y artículo 15 de la Ley de Asociaciones; asimismo, RR DGRN de 24 de noviembre de 1985, 15 de mayo de 1990 y 5 de junio de 1991. En caso de que el representante carezca de poder suficiente incurrirá en la responsabilidad frente a tercero según el esquema conocido.

A) *Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada*

Del artículo 15 LSA (RD Legisl. 1564/1989, que aprobó su Texto refundido) y del artículo 11.3 LSRL (2/1995, de 23 de marzo) –que se remite a la anterior–, se deduce que no responde la sociedad de ciertos actos que menciona³⁹. Mas nada impide que la propia sociedad asuma *a posteriori* esos actos para los que se carecía de legitimación, o que ella los «accepte». Esa asunción *a posteriori* o esta «aceptación» son una especie de ratificación por el principal del acto ineficaz por falta de autorización previa, con más claridad en los dos primeros casos; también en el tercero, aunque el legislador emplee otro término⁴⁰. ¿Qué ocurrirá si no llega esa ratificación? Evidentemente, esos actos no son eficaces para la sociedad –salvo cuando de ellos deban responder solidariamente quienes los hubieran celebrado (art. 15.1 LSA)–. En consecuencia, esos gestores no legitimados o extralimitados (verdaderos *f. p.*) deberán responder frente al cocontratante frustrado en los términos conocidos⁴¹.

B) *Asociaciones*

El artículo 10.3 de la estatal Ley de Asociaciones 1/2002, de 22 de marzo, poco o nada dice por lo que aquí concierne. Más explícita es la Ley catalana 7/1997, de 18 de junio, «de asociaciones», cuyo artículo 11 hace responsables frente a terceros a los promotores y fundadores y a los que hayan establecido cualquier relación jurídica con terceros que actúen en nombre de la asociación no inscrita atribuyéndose la representación de ésta; responsabilidad que cesa si la inscripción se solicita en cierto plazo y la asociación acepta las obligaciones (núm. 2). Esa responsabilidad frente a terceros (de tales personas, y no de la asociación) por una representa-

³⁹ Se trata: *a)* de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el RM si su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y posterior asunción de los mismos por la sociedad; *b)* por los actos y contratos realizados por los administradores traspasando las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados por las personas designadas por todos los socios excediéndose del mandato específico; *c)* por los actos que no quedando obligada legalmente la sociedad, no acepte ésta dentro de cierto plazo. Por esos actos, digo, no responde la sociedad, en principio: en los dos primeros supuestos porque no había legitimación suficiente, y en el tercero porque no ha aceptado la sociedad aquellos actos por los que ella no queda legalmente obligada.

⁴⁰ COLÁS-ESCANDÓN, «La incidencia de la ratificación en diversas figuras», *loc. cit.*, p. 40; y Sentencia de 8 de julio de 1991. Véase también, entre la bibliografía especializada, ALONSO UREBA, «La sociedad en formación», en *Derecho de Sociedades Anónimas. La fundación*, Madrid (Civitas), 1991, t. I, pp. 523 ss.

⁴¹ En el mismo sentido, COLÁS-ESCANDÓN, *obra últ. cit.*, p. 40 (habla de «responsabilidad precontractual» del representante frente a tercero).

ción que no tienen, pero que se atribuyen, si no aceptada por la asociación, debe comprender no sólo la contractual (obligaciones contraídas) sino la de los perjuicios habidos por la no vinculación de la asociación frente a terceros. Esto no difiere mucho de la responsabilidad del falso representante que conocemos. Pienso que en el marco de la Ley estatal las cosas pueden y deben funcionar de forma semejante.

C) *Fundaciones*

Según el artículo 13 de la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, otorgada la escritura fundacional y antes de la inscripción en el Registro de Fundaciones, el patronato realizará, entre otros, los actos indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora, los cuales se entenderán asumidos por la fundación cuando obtenga personalidad jurídica; y transcurridos seis meses sin haberse instado la inscripción, los patronos responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación «y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción» (cfr. arts. 12 y 13 de la Ley catalana de Fundaciones de 2001). Los actos de los patronos que excedan de lo que aquella norma prevé no vinculan a la fundación, y de ellos responderán quienes los han contraído en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. Se trata, pues, de una responsabilidad del tipo que aquí estudio: hay actuación representativa («en nombre de la fundación») con extralimitación respecto de lo permitido para obligar a la fundación⁴².

III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD

1. COORDENADAS JURÍDICAS RELEVANTES

a) *Relación interna y responsabilidad del falsus procurator*

La responsabilidad de éste por la frustración del negocio que preparaba para el *dominus* no se confunde con la que puede haber en la relación representante-representado, de la que, en principio, es independiente; no está condicionada por posibles irregularidades en esta última relación. Por ello, puede haber lugar a responsa-

⁴² Cfr. COLÁS ESCANDÓN, «La incidencia de la ratificación», *loc cit.*, pp. 45 ss.

bilidad del falso representante frente al cocontratante incluso si el encargo fue correctamente cumplido respecto del *dominus*⁴³. En consecuencia, a la hora de justificar y explicar la naturaleza de la responsabilidad del *f. p.* hemos de prescindir –de nuevo en términos generales– de esa relación interna (de mandato u otra) y centrar la atención en la conducta del representante y en su directa relación con el cocontratante, tratando de evitar interferencias racionales y normativas que puedan alterar el discurso jurídico y las soluciones buscadas. Subrayo esto con cierta insistencia por los riesgos que crea. El papel que aquí desempeña el pseudo-representado se limita, por ahora, a la no ratificación del contrato (en su caso, a los efectos limitados de una ratificación tardía por retroactividad relativa); sólo excepcionalmente podría incurrir él mismo en responsabilidad del tipo que aquí interesa; incluso resultar perjudicado; pero en tal caso su papel es distinto.

b) *Autonomía jurídica del representante*

La responsabilidad que nos ocupa es la de una persona, el representante, que goza de autonomía y discrecionalidad en su actuación representativa (la que le da el poder o legitimación de que goza), tanto en la realización del negocio como en la determinación de su contenido efectual. Ese es un dato importante en lo que aquí concierne, porque sitúa esta responsabilidad un tanto específica (en vía negocial pero por parte no negocial) dentro del esquema básico libertad-responsabilidad; y de ello resulta que el *falsus procurator*, usando mal de aquella libertad, excediendo los límites de su legitimación representativa, ha dado lugar directa o indirectamente a la frustración del negocio y al perjuicio consiguiente del cocontratante por el que deberá responder. Aunque no haya habido negocio perfecto (eficaz), funcionalmente ha habido representación, fenómeno representativo, del que aquella autonomía del representante es nota diferencial, frente a casos próximos –permite distinguir al representante del *nuntius*–, con la consiguiente responsabilidad (que es su reverso lógico).

c) *Interés protegido*

Un elemento relevante que contribuye a delimitar esta responsabilidad es el del o de los intereses protegibles, cuya vulneración da lugar a su exigibilidad. Ese interés en nuestro caso, basado en la

⁴³ Cfr. PETRELLI, *op. loc. cit.*, p. 505.

confianza, es, eminentemente (porque puede haber otros, aquí marginales), el del cocontratante frustrado en sus expectativas razonables –sólo en ese caso: confianza y expectativas razonables–, por no llegar a buen puerto el contrato representativo. La responsabilidad del falso representante y la indemnización es una forma de proteger su interés, pero no la única. Otra es la posibilidad que él tiene de desistimiento de ese contrato antes de la ratificación (lo que el artículo 1259.2.º llama «revocación por la otra parte contratante»). Mas el desistimiento es una posibilidad, un derecho potestativo⁴⁴ que el ordenamiento pone a su disposición, no una exigencia o medio legal único para dejar a salvo sus intereses; ni requisito previo para la reclamación de los perjuicios habidos por la no ratificación del *dominus*. No se cofunden, aunque no dejan de guardar importante relación.

Ese interés (lesionado) no sólo justifica la responsabilidad de que ahora se trata, sino que le da sentido institucional y especificidad, tanto en su fundamento cuanto en su alcance efectual; hasta el punto que cesa la responsabilidad en los casos en que el interés del perjudicado no es protegible –cuando éste actúa de mala fe (conociendo la falta de poder) o con negligencia inexcusable–. De ahí que la interpretación del fenómeno jurídico y de las normas aplicables deba ser teleológica, y que la ponderación de las variables subjetivas (conocimiento o no de la falta de poder, buena o mala fe, diligencia o negligencia habidas) sea en función del interés protegido eminente. Paralelamente, por la misma razón, el discurso jurídico deberá ser más próximo a una especie de jurisprudencia de intereses que a una clásica jurisprudencia de conceptos.

d) *Comportamiento ilícito versus función de garantía*

En otro orden de cosas, dos parámetros jurídicos e ideas fundamentales presiden el debate sobre la explicación y el régimen jurídico de la responsabilidad del representante sin poder: la del *comportamiento ilícito* de los sujetos (del falso representante, sobre todo) y la de *función de garantía* (de la eficacia o llegada a buen fin del contrato iniciado). En este último aspecto se habla, como veremos, de responsabilidad *ex* confianza y de distribución de riesgos⁴⁵.

Obsérvese que el debate y la tensión «ilicitud» *versus* «garantía» sobre el fundamento de esta responsabilidad no se aleja mucho de la

⁴⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «El desistimiento unilateral ...», *loc. cit.*, pp. 2918 ss.

⁴⁵ FLUME, obra citada, p. 933; SCHRAMM, *Münchener Kommentar zum BGB*, München (Verlag C.H. Beck), 2001, *ad* § 179, núm. 2, p. 1778; y SCHILKEN, *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, 2001, *ad* § 17, núm. 2, p. 181.

más general dialéctica responsabilidad *por culpa*/responsabilidad *por riesgo* que hoy inunda la explicación (justificación) de la responsabilidad extracontractual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁴⁶. Es decir, la oposición *subjetivo vs. objetivo* (concepción, elementos, interpretación normativa), tan clásica y conocida en el ámbito de la responsabilidad. Esas acepciones y esta oposición van a gravitar notablemente sobre todo el razonamiento jurídico en esta materia.

Tras ese planteamiento general, paso a examinar sucintamente (otra cosa no es posible ahora) las posiciones legales y doctrinales mejor definidas y más relevantes sobre el fundamento y naturaleza de la responsabilidad del falso representante.

2. ¿RESPONSABILIDAD POR CULPA?

Esta es la explicación inicial en la doctrina francesa, y en la española no reciente. En aquélla es congruente con la visión culpabilista de la responsabilidad extracontractual dominante en Francia en el siglo XIX a partir de los artículos 1382 y 1383 del *Code* y de la contemplación de la representación en el marco del contrato de mandato⁴⁷. La doctrina más reciente relaciona la indemnizabilidad del tercero (de buena fe) por la actuación del *f. p.* a partir del artículo 1997 del *Code*, interpretado *a contrario*⁴⁸.

Así discurrieron también en nuestro país García Goyena y los primeros comentaristas del Código, como Manresa, y luego Pérez González y Alguer⁴⁹. También cierta jurisprudencia no reciente (SS de 9 de diciembre de 1944 y 29 de abril de 1969).

En el mismo sentido, algún autor italiano en razón de su visión culpabilista de la cuestión: Cariota-Ferrara. Otro sector se inclina por ver en la actuación del *f. p.* directamente una responsabilidad aquiliana, y en el artículo 1398 CC ital. la norma que determina la

⁴⁶ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid (Civitas), 1999, pp. 27 ss.

⁴⁷ Esa perspectiva no es ajena a la explicación que dio BERTRAN DE GRENOUILLE (ante el Tribunalado, 6 de febrero de 1804) de la responsabilidad (que después recogieron los arts. 1382-1383) de que toda persona es garante de sus hechos y de que si un acto causa daño a otro hay obligación de repararlo. Lo recuerda Díez-PICAZO (*Derecho de daños*, cit., p. 82).

⁴⁸ Véase, a título de ejemplo, LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XXVIII, Bruselas, 1878, pp. 79 ss. Entre los autores modernos, cfr. WEILL-TERRÉ, *Droit civil. Les Obligations*, París, 1986, p. 79. Cfr. también S. Cour Cass com. 17 de junio de 1977 (*R. T. Dr. civ.*, 1998, p. 113), que subordina la responsabilidad del mandatario a la violación de una obligación general de prudencia y de diligencia.

⁴⁹ MANRESA, *Comentarios al Código civil*, t. XI (ed. 1920), p. 537; p. 725 en la ed. de 1972 (a cargo de J. M. BLOCH); y PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, *op. loc. cit.*, p. 511.

entidad del resarcimiento del daño sufrido por haber confiado el cocontratante en la validez del contrato⁵⁰.

Mas esa explicación ha dejado de ser dominante: no es hoy convincente o, al menos, no es suficiente, porque está pensada (en nuestro país) para una interpretación culpabilista del artículo 1902 CC y, por lo que afecta a esta materia, fundamentalmente para la actuación del mandatario en vista del artículo 1725 CC; y el supuesto que aquí interesa va más allá y atiende a otras hipótesis; amén de estar superada por criterios objetivistas de responsabilidad que inundan los sistemas jurídicos modernos (también el nuestro), y otras exigencias de orden práctico que no pueden ser ignoradas (prueba de la culpa del representante, desprotección del cocontratante en el caso de que no haya culpa en el *falsus procurator*). Por otro lado, el ser autor del ilícito es, en lo que aquí concierne y en los ordenamientos modernos, sólo uno de los criterios posibles de imputación de responsabilidad: el problema no es tanto de culpa sino de incumplimiento en unos casos, de causalidad de daños injustificados, en otros⁵¹. Se trata, en fin, de la insuficiencia de la visión subjetivista de la responsabilidad, en general, y más aquí, donde la protección de ciertos intereses tiene una destacada *vis atractiva*, que desborda aquel criterio.

3. ¿CULPA IN CONTRAHENDO?

Esta explicación proviene, sustancialmente, de la doctrina alemana desde antes de la promulgación del BGB. Ya Laband –no, en cambio, Ihering, su primer mentor– había relacionado esta responsabilidad con la *culpa in contrahendo*, basada en el deber de lealtad y buena fe exigible en la fase de formación del contrato, y aplicado su régimen a la comunicación al cocontratante del apoderamiento y a la situación de conocimiento o desconocimiento del defecto de poder⁵². Es opinión frecuente todavía en la doctrina posterior al BGB, no obstante su § 179, con explicaciones varias dentro de esa línea (responsabilidad *ex confianza*, etc.). Dígase lo mismo de la doctrina suiza acreditada⁵³.

⁵⁰ CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, cit., p. 664; CARRESI, «In tema di difetto e di abuso di rappresentanza», *R. D.Comm.*, 1951-I, pp. 210 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, t. I (Torino, 1962), pp. 392 ss.; BESONE, *op. loc. cit.*, p. 382; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano (Giuffrè), 2001, p. 301.

⁵¹ Cfr. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. II, Madrid (Civitas), 1996, p. 578; PETRELLI, *op. loc. cit.*, pp. 500 y 502 ss.

⁵² «Die Stellvertretung bei dem abschluss von Rechtsgeschäften ...», *loc. cit.*, pp. 234 ss.

⁵³ Cfr. PROTET, obra citada, p. 71

También en la doctrina italiana, donde es predominante, en cuanto considera la del *f. p.* una forma o variante de la responsabilidad precontractual, y en su jurisprudencia⁵⁴.

Igualmente en la doctrina española reciente, de forma mayoritaria, que califica, en general, la responsabilidad del falso representante como precontractual o *c. i. c.*⁵⁵.

En términos generales, el supuesto de hecho aquí contemplado se adecua bastante bien, *prima facie*, al de la responsabilidad o culpa *in contrahendo*, habida cuenta de la construcción doctrinal (la legal, sólo en algunos ordenamientos) y jurisprudencial de la misma, y dado que se trata de una negociación que, por problemas en ese estadio jurídico, no llega a ser contrato, por lo que es difícil hablar de responsabilidad contractual. A su vez, el principio del *neminem laedere* del artículo 1902 CC es demasiado general para dar él solo, sin otra concreción, contestación cumplida o satisfactoria a la cuestión planteada (aunque su propia generalidad permite comprender todos los casos de lesión de intereses ajenos: también éste). En principio, pues, la justificación genérica de la culpa *in contrahendo* no es del todo ajena a nuestro caso (de ahí las muchas adhesiones de que goza). Las ideas de buena fe, lealtad en los tratos y deber de advertencia al cocontratante de la ausencia o insuficiencia del poder, etc., son comunes a una y otra responsabilidad, y facilitan el razonamiento jurídico y la adecuación normativa.

Mas la cuestión es un poco más compleja. La falta de solución legal en nuestro ordenamiento para una y otra permite más libertad de calificación (y la dificulta). Además, aun generada la responsabilidad en el curso de la gestación de un contrato, hay una especificidad en la actuación del *f. p.* (su posición irregular de actor no legitimado, ya *ab initio*) que no se produce en los supuestos más típicos de la *c. i. c.* Pienso, por ello, que la responsabilidad del representante sin poder no se resuelve satisfactoriamente en el marco de la precontractual: los perfiles de ésta son poco definidos

⁵⁴ Cabe citar, entre esa doctrina, a G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, Bologna-Roma, 1993, pp. 316 s; G. DE NOVA, *La rappresentanza* (vol. II del *Trattato di Diritto privato*, dir. Rescigno), Torino, 1995, p. 440; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 301; DE MARTINI, «Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo», *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1949, p. 295; BENATTI, «Contratto concluso dal falsus procurator e responsabilità del dominus», *Riv. Dir. Comm.*, 1959-II, p. 344; M. MEARELLI, «Responsabilità extracontrattuale, culpa *in contrahendo*, rappresentanza senza poteri», *Riv. Notariato*, 1978, pp. 1098 ss. En la jurisprudencia, cfr. SS. Cass. Civ. 4581/1976 (9 de diciembre), 2945/1986, 5170/1986 y 6669/1988.

⁵⁵ M. ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, p. 917; C. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1989, pp. 274 ss.; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid (Tecnos) 1991, pp. 199 ss; DíEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, cit., t. II (ed. 1988), p. 83; DíEZ-PICAZO, en *La representación*, cit., p. 225, habla también de «daños precontractuales» y del interés negativo indemnizable; SERNA MEROÑO, *ad* artículo 1259 CC, *Comentarios EDESA*, cit., p. 527; con anterioridad, ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, p. 476.

en Derecho español, la tipología es distinta, las consecuencias de una y otra no siempre coinciden, y el fundamento de la culpa *in contrahendo* (sustancialmente, la buena fe y la lealtad en los tratos y preparación del negocio) es en algún caso concreto insuficiente para explicar no pocos aspectos y supuestos⁵⁶ en que el falso representante debe responder de los perjuicios irrogados, lo que reclama una consideración menos subjetivista. Diré más: creo, incluso, que la *c. i. c.* y la responsabilidad del falso representante no son incompatibles, y que en algún caso (excepcional) pueden concurrir.

Obsérvese, por otro lado, que en los ordenamientos en que están reguladas una y otra, lo están separadamente, y los criterios por los que se rigen son también distintos, subjetivo para la *c. i. c.*, objetivo para la del representante sin poder⁵⁷.

4. RESPONSABILIDAD POR DEFRAUDACIÓN DE LA CONFIANZA

Como una variante e intento de superación de la teoría anterior —que también en otros sistemas jurídicos resulta insatisfactoria—, se ha apelado a la idea de responsabilidad *ex confianza*, cuando no basta la calificación de responsabilidad legal, que explica poco, o de responsabilidad especial. La idea de *confianza* («interés de confianza», «defraudación de la confianza») es manejada con frecuencia por la doctrina alemana⁵⁸ a la hora de intentar explicar la culpa *in contrahendo*⁵⁹.

Flume ha llevado esa idea y calificación de forma directa al ámbito de la representación sin poder. Para este autor, la responsabilidad del representante sin poder *ex* § 179 BGB es la de un garante; invoca en su apoyo la Exposición de Motivos del BGB, que hablaba de que esa responsabilidad «se asienta en cierta medida en una promesa tácita de garantía». Pero matiza y añade enseñanza: «Ahora bien, sin duda es una ficción considerar que el

⁵⁶ Hay, en efecto, varias hipótesis y muchos factores que pueden entrar en juego en la determinación de la responsabilidad del *f. p.*: buena o mala fe de éste y del cocontratante, conocimiento o no (de uno y otro) de la inexistencia o de los límites del poder, diligencia o no (de uno y otro, de nuevo) en ese conocimiento o en la comunicación de la falta de poder (art. 1725 CC), etc. La posición del cocontratante en este caso es de notable importancia no sólo en la existencia de esta responsabilidad sino en su alcance.

⁵⁷ Así, en el CC ital. (arts. 1338-1339 y 1398), BGB (§§ 122 y 179, respectivamente), CC suizo (arts. 55 y 101, frente al 39 C. Oblig.), *Principios DEC* (arts. 2301 y 3204, respectivamente).

⁵⁸ Cfr. FLUME, *op. cit.*, p. 933. Véase, con amplias referencias, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 231; y ASÚA GONZÁLEZ, obra citada, pp. 61 ss.

⁵⁹ Ya antes POTHIER habló de *l'action de garantie* que tendría el comprador en el caso de que el mandante no se haga cargo de la venta realizada por el mandatario por un precio inferior del señalado por el mandante (*Traité du contrat de mandat*, cit., p. 145).

representante, con su actuación como tal, emite una promesa de garantía. Con la actuación en nombre ajeno, el representante afirma que tiene poder de representación. Este es el sentido obvio del obrar en nombre ajeno si el representante no declara que actúa sin poder de representación. La responsabilidad que el § 179 impone al representante significa que se le toma la palabra cuando afirma tener poder de representación. Debe responder como un garante respecto de la existencia del poder de representación que, por medio de su obrar como representante, ha afirmado tener». Para Flume la responsabilidad del representante sin poder no es por culpa *in contrahendo*: «el representante responde más allá de la culpa, y además esta responsabilidad presupone la celebración del contrato. Es una responsabilidad *ex lege* en cuanto que al representante se le demanda por su actuación en la celebración del contrato como garante por la existencia, afirmada incidentalmente, del poder de representación»⁶⁰. Insiste en las mismas ideas de «garantía» y de «responsabilidad por confianza», en interés de la seguridad del tráfico, K. H. Schramm; y, en general, la doctrina alemana toda⁶¹. En nuestro país, Gordillo Cañas ha asumido esa posición con sólidos apoyos⁶².

Ese razonamiento proporciona ideas que son también valiosas en nuestro sistema jurídico, más precisado de encontrar un fundamento y explicación a la responsabilidad del *f. p.* por cuanto huérfana de régimen legal. La idea de confianza suscitada por ese representante y luego defraudada, y su repercusión en la seguridad del tráfico jurídico, por general y razonable, no nos será ajena, y deberá ser conjugada con la del riesgo creado (de frustración, de perjuicios), la responsabilidad por riesgo de que hablan otros.

5. CONCLUSIÓN. MI IDEA ACERCA DE ESTA RESPONSABILIDAD

He dicho, y en parte razonado, que me parece insuficiente o inadecuado referir la responsabilidad de representante sin poder a la mera culpa *in contrahendo*. Son, pienso, cosas distintas. En esta

⁶⁰ Obra citada, p. 933. SCHILKEN, en el *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlín, 2001, p. 181, se refiere a cómo, según el § 179, el representante debe *garantizar* la veracidad de su legitimación, debido a la *confianzas suscitada* (con larga cita de doctrina y jurisprudencia).

⁶¹ K.H. SCHRAMM, *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., *ad* § 179, núm. 2, p. 1778. Véase amplias referencias en ASÚA GONZÁLEZ, obra citada, p. 150.

⁶² «Precisa y técnicamente —dice este autor, *op. cit.*, p. 231— la responsabilidad del representante es, pues, una responsabilidad *ex* confianza (*Vertrauenshaftung*) que, como tal, no llega a producirse ante quien no actúa de buena fe; esto es: que conozca o deba conocer la irregularidad de la actuación representativa.»

última hay una inicial corrección en la relación entre los contratantes (libertad de contratar o no, de discusión y tratos contractuales), que no se da en aquélla. Al que actúa en nombre e interés de otro le es exigible, en principio, que lo haga con la autorización suficiente para que el acto vincule a representado y tercero –el cual puede y debe atenerse a lo que diga o no diga el sedicente representante–; en otro caso esa actuación es incorrecta y traslada a ese tercero el riesgo de la frustración del negocio (por no ratificación del *dominus*). Se trata, pues, de cuestiones diferentes; el único elemento común es temporal (momento de los tratos). Hay, además, una mayor complejidad en la responsabilidad del *f. p.*, y los varios factores subjetivos que pueden influir en ella (buena o mala fe, conocimiento o no de la inexistencia o de los límites del poder, etc.) juegan también de forma diferente. Creo, por ello, que, calificación jurídica aparte (unitaria o no), la solución del problema (conflicto de intereses, responsabilidad, indemnización) no deba ser única⁶³. Por otra parte, la indemnización al cocontratante del interés negativo, típica de la *c. i. c.* puede ser en algún caso inadecuada.

Pienso, pues, que no valen ni bastan las soluciones simplistas ni la remisión a otras instituciones, incluida la que apela directamente a la culpa *in contrahendo*, que goza de más sufragios. Pero sí es posible razonar siguiendo un procedimiento lógico que permita al jurista (teórico y práctico) obtener un principio general y un régimen jurídico valiéndose de las contribuciones teóricas de la amplia y sutil construcción doctrinal en materia de responsabilidad, utilizadas con función instrumental en defecto de normas directas y a disposición de otras invocables (art. 1902 y demás CC).

Para clarificar un poco la cuestión acaso sea útil empezar por decir lo que la responsabilidad del representante sin poder *no es* (explicaciones que excluir). Me parece claro, por ejemplo, que *no se trata de responsabilidad contractual*, ya que no hay contrato, sino frustración del iniciado y no acabado –aunque haya habido opiniones valiosas que digan que sí⁶⁴–. Tampoco es suficiente remitir escuetamente esta responsabilidad al ámbito de la extracontractual, porque, demasiado general, sería necesario hacer alguna concreción. La del *falsus procurator* es una responsabilidad (un tanto) específica o exclusiva, que se parece o aproxima más a alguna otra conocida, en su variante de responsabilidad por defrauda-

⁶³ Obsérvese que el propio § 179 BGB prevé varias hipótesis, que sus comentaristas aumentan y subdistinguen. Igual ocurre en la doctrina italiana (práctica unanimidad) respecto del artículo 1398 del *Codice*.

⁶⁴ CARRASCO PERERA, coment. artículo 1101 CC, en *Comentarios EDERSA* (dir. Albaladejo), t. XV-1.º (Madrid, 1989), p. 431; y BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación*, cit., pp. 217 ss.

ción de la confianza, pero con elementos y particularidades propios que la distinguen de otras, a los que hay que atender tanto o más que a lo general.

De todos modos, no es ya la naturaleza de la responsabilidad del representante sin poder, como calificación o categoría jurídica –especie de cajón o carpeta, de entre los conocidos, donde ubicarla–, lo que ahora me importa más (con ser interesante), sino en cuanto pueda conducir a determinar su régimen jurídico, especialmente importante en nuestro sistema jurídico a falta de específica regulación legal. A él me refiero *in extenso*, relacionándolo con cuanto dejo dicho, en el apartado VI.1. Anticipo aquí sólo que, en mi opinión, la del falso representante es, sustancialmente, una responsabilidad basada en la defraudación de la confianza suscitada y en el riesgo creado de frustración del contrato, cuya realidad ulterior comporta perjuicios para el cocontratante, y derivada de una actuación irregular o ilícita *ab initio* (gestión representativa no legitimada) que crea inseguridad en el tráfico jurídico, todo lo cual justifica un criterio normativo objetivista y la separa de la *c. i. c.*, con la que, además, creo que no es incompatible.

IV. SUJETOS IMPLICADOS EN ESTA RESPONSABILIDAD, Y PARTICIPACIÓN RESPECTIVA

1. SUJETOS RESPONSABLES

Pueden serlo el *representante* (subtipos varios) y excepcionalmente el *representado*.

1.1 El representante. Casos y condiciones subjetivas de su actuación

1.1.1 SUJETOS INCLUIBLES

Comprende, sustancialmente, los que vimos en el apartado II-1. En este momento hay que hacer ciertas precisiones respecto de algunos de ellos.

a) *El representante sin poder, o inexistencia absoluta de poder*

Es el caso más típico y caracterizado de *falsus procurator*, del artículo 1259.2.º CC⁶⁵. Aquí el representante carece, en absoluto,

⁶⁵ La Sentencia de 21 de marzo de 2003 ha dicho que la infracción del artículo 1259 CC no se produce porque el poder no conste en escritura pública (el precepto no lo exige); y que el artículo 1280 tampoco exige como forma constitutiva del poder el otorgamiento en escritura pública cuando se transmiten bienes inmuebles.

de legitimación para actuar e injerirse en la esfera jurídica ajena: de ahí la no vinculación del representado y luego la frustración del contrato (si no hay ratificación). Este supuesto comprende en primer lugar la ausencia absoluta de legitimación por total inexistencia de poder de cualquier origen (incluido el mandato representativo). A él cabe asimilar el del (falso) representante de un representado inexistente, o si ha dejado de existir, o se trata de persona inventada por aquél⁶⁶; también el de la persona jurídica inexistente, que no llega a serlo nunca (porque si existe a tiempo para la ratificación, ésta sana el negocio y la actuación del *f. p.*) (cfr. S 14 de junio de 1974). En cuanto a la persona jurídica en vía de constitución que no ha adquirido todavía personalidad, habrá que atenerse a las normas particulares (de sociedades anónimas, asociaciones, fundaciones) que regulan tal situación (cfr. apartado II.4.2). En la doctrina alemana se aplica por analogía el § 179 BGB al negocio representativo realizado «para quien corresponda» o «por persona a designar» si el representante se niega a revelar el nombre del representado y el negocio se frustra por este motivo⁶⁷. Parece aceptable esa solución para el Derecho español.

Al representante sin poder cabe asimilar el sedicente sustituto que le desplaza –sustitución en el poder o en el mandato por transmisión, donde sigue siéndolo el apoderado sustituido– y el subapoderado (con delegación total o parcial de funciones) al que falta el poder –o sobrepasa los límites del poder o de la sustitución–; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del propio apoderado o mandatario, en su caso.

b) *Representante (mandatario) que prolonga su representación (mandato), extinguido el que hubo*

Extinguido por cualquier causa hábil y eficaz el poder o el mandato –trato las dos situaciones, conjuntamente, por asimilables: cfr. artículo 1732 CC–, el representante (mandatario) deja de estar legitimado, carece de facultad de injerencia en la esfera jurídica del *dominus* y su acto representativo, en el esquema funcional de la representación voluntaria, no puede ser eficaz para éste. Ello ocurre así para proteger a este último y sus intereses de actuaciones no

⁶⁶ Cfr. FLUME, *op. cit.*, p. 935; y STAUDINGER-SCHILKEN, *op. cit.*, ad § 179, núm. 22, p. 189.

⁶⁷ K. H. SCHRAMM, *Münchener Kommentar zum BGB*, ad § 179, núm. 15. Este mismo autor dice aplicable por analogía el § 179 en el caso en que el representado no tenga capacidad negocial plena y el representante ha ocultado este hecho al cocontratante (y éste desconoce tal incapacidad), si luego no ratifica el representante legal de aquél (ad § 179, núm. 12 y 25). Cfr. también FLUME, *op. cit.*, p. 931.

legitimadas jurídicamente (cfr. art. 1259.1.º CC). Mas la extinción del poder puede haberse producido en el marco de una relación con el tercero sin que el representante o el tercero (cuando el poder o mandato se haya dado para contratar con él) haya tenido noticia de esa terminación de la legitimación del representante y sigue confiando de buena fe en que subsiste el poder: la protección de esa apariencia y de la buena fe impone la prolongación de su eficacia y la vinculación del poderdante (cfr. arts. 1734 y 1738). Por ello, la responsabilidad del ya falso representante solo puede tener lugar en dos casos: si extinguido el poder, sin más, no hay ratificación del principal; y si no hay la vinculación del *dominus* en los casos recién aludidos *ex* artículos 1734 y 1738.

c) *El albacea*

La doctrina alemana se plantea la aplicación por analogía del § 179 BGB a los albaceas en caso de nulidad del testamento que los nombró o de actuación una vez extinguido el cargo⁶⁸. Nada hay previsto (ni dicho por nuestra doctrina) en Derecho español, donde el albacea tiene una particular naturaleza y posición jurídica (aparte la de ejecutor testamentario): no es, ciertamente, representante del testador ni de los herederos; sin embargo, recibe facultades de gestión y de disposición del testador que lo nombra (art. 901 CC) –además de las legales– que le habilitan para obrar en relación con los bienes dejados por el testador en nombre propio pero en interés de otro (Lacruz); y llega a aplicársele por analogía normas relativas al mandato (Albaladejo); también la jurisprudencia (amplísima y variada, con atribución de función representativa de la herencia)⁶⁹. En esa inteligencia, es evidente que el albacea, en el ejercicio de su cargo, asimilado funcionalmente al mandato, puede traspasar los límites del encargo conferido; incluso puede actuar cuando no tiene validez (testamento nulo) o se ha extinguido (art. 910 CC); todo lo cual puede dar lugar a la ineficacia del acto realizado sin legitimación con otra parte, cuya frustración, salvo ratificación de los herederos (cuando sea posible), originará una responsabilidad del albacea frente al cocontratante muy semejante (si no idéntica) a la del *falsus procurator* –en el sentido amplio que conocemos–, por lo que cabe incluirlo entre las personas responsables que aquí interesan.

⁶⁸ SCHRAMM, *op. loc. cit.*, núm. 7, pp. 1779-1780; y SCHILKEN, en *op. cit.*, *ad* § 179, núm. 25.

⁶⁹ Cfr. LACRUZ *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona (Librería Bosch), 1976, p. 491; ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid (Tecnos), 1969, *passim*; PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967.

d) *Representante (mandatario) que se extralimita*

Se entiende por límites del poder (mandato) la extensión de las facultades conferidas por el *dominus negotii* en orden a la gestión encomendada, o ámbito de legitimación de la actuación o injerencia en el patrimonio del principal, más allá del cual el representante no queda legitimado (arts. 1714 y 1715). Los límites del poder (y del mandato) vienen definidos por la voluntad del poderdante, en términos más o menos explícitos, en forma negativa (lo que el representante no podrá hacer: no vender, no transigir), o en forma positiva (indicando el acto concreto para el que se le faculta, o con declaración genérica de facultades). En ese contexto, si el representante traspasa esos límites o frontera exterior de su legitimación, carece de ella, y en lo que se haya excedido no queda inicialmente obligado el principal: sólo si y cuando éste lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1727.2.º CC).

Aun equiparadas aquí a efectos de responsabilidad, la extralimitación genera una situación distinta (no siempre idéntica) a la de ausencia absoluta de poder, porque la primera puede permitir la escisión del contrato y dar lugar a una ineficacia sólo parcial del negocio representativo (y, paralelamente, a una ratificación parcial), en cuyo caso la responsabilidad del falso representante afecta sólo a la parte del negocio que ha sido ineficaz; y puede también comprometer al representado, en virtud de la relación interna⁷⁰, sin perjuicio de otras responsabilidades de este último (que diré).

Cuándo hay aquella extralimitación puede resultar difícil de establecer a veces: ello dependerá de los términos del poder y del encargo, del margen de libertad dejado al representante y de las circunstancias concretas que rodeen el negocio. El problema se reducirá en la mayor parte de los casos al de la interpretación de la voluntad del poderdante y del poder o mandato en el contexto relacional pertinente⁷¹; y se cruza con frecuencia, además, con el de la distinción entre *límites* del poder e *instrucciones* dadas por el principal para el desempeño de la gestión encomendada; cuestión discutida y discutible⁷².

⁷⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Naturaleza y situación...», *op. loc. cit.*, p. 1063; y SERNA MEROÑO, *op. loc. cit.*, p. 530.

⁷¹ Cfr. BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pp. 137 ss., y RR de 18 de octubre de 1989 y 14 de marzo de 1996.

⁷² En este punto –que abordo muy limitadamente, y a los solos efectos de este trabajo– hay varias posiciones doctrinales: a) La que entiende que los *límites* se refieren al objeto del encargo y a las facultades concedidas al mandatario para comprometer u obligar la esfera jurídica del principal, afectantes a la relación externa, y las *instrucciones*, a la forma de cumplir el encargo y afectan (eminentemente) a la esfera interna; los límites deberán existir en todo caso y no eliminan la discrecionalidad del representante en cuanto

e) *Socio que se extralimita de sus poderes*

Para que la actuación negocial del socio gestor, en la sociedad civil, obligue, vincule a ésta frente a terceros es necesario –como vimos en II.1.d)–, según previene el artículo 1697 CC, que aquél obre con el carácter de tal, por cuenta de la sociedad, que «tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito» y que el socio «haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato»: es decir, que tenga legitimación suficiente y use correctamente de ella. Puede observarse que el esquema funcional de esta actuación del socio por y para la sociedad civil es el típico de la representación directa⁷³, y que en caso de extralimitación del mismo no queda obligada la sociedad y el acto extralimitado es inoponible o ineficaz para esta última (art. 1698.2.º CC), a menos que sea ratificado (art. 1259.2.º, de aplicación general, y 1727.2.º)⁷⁴. En esa inteligencia resulta que si del acto extralimitado del socio no queda obligada la sociedad frente al cocontratante, la frustración de éste por la ineficacia del negocio, no ratificado a

la gestión sea más útil para el principal (art. 1715 CC), a diferencia de las instrucciones, que puede darlas o no el *dominus*. b) Para otro sector de la doctrina es artificial la distinción en los términos anteriores, y si BADOSA COLL (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 524) sostiene que instrucciones y límites son términos correlativos, siendo las primeras fuente de los segundos, con dos funciones (las unas, actividad debida, los otros, actividad legítima), GORDILLO CAÑAS habla de distinción artificial entre unas y otros (*op. cit.*, pp. 86 ss.). c) Una tercera posición, con antecedentes antiguos, distingue entre las «instrucciones básicas» y expresas (con intención de establecer una limitación de facultades, restringiendo normalmente su ámbito y extensión), y las «instrucciones accesorias» o privadas (meras determinaciones volitivas accesorias, que afectan exclusivamente a las relaciones internas, y por las que el principal indica al gestor cómo debe llevar a cabo el encargo); en esa inteligencia, sólo las primeras participan de la naturaleza de los límites del mandato, al que afectan, y su trascendencia es idéntica.

Hay detrás de esos planteamientos distinciones demasiado formalistas y dogmáticas, muy ajenas casi siempre a cómo ve las cosas quien otorga mandato o poder. El que así hace puede expresar límites e instrucciones de maneras muy diferentes; la forma de definir el encargo puede quedar diseñada en buena medida por medio de las instrucciones o *modus operandi* que el principal sugiere o desea o impone. En la definición del objeto del encargo, de los límites (obligaciones asumibles por el *dominus*), condiciones mínimas y demás, intervienen voluntades que se expresan de manera variable, no sólo en el aspecto técnico-jurídico (donde cabría distinguir, en abstracto, límites frente a instrucciones) sino en la exteriorización real de sus voluntades, con significantes, terminología y expresiones muy variadas. En última instancia, el problema jurídico será casi siempre de interpretación de voluntades concretas y de un material contractual en el que con frecuencia no será fácil encontrar lo que los juristas llaman (y no de manera unívoca) «límites» e «instrucciones» del mandato. En esa inteligencia cabe aceptar en principio, para muchos casos, que las instrucciones «básicas» puedan definir también los límites del mandato o del poder y deban quedar sometidas a su régimen jurídico: su infracción determinará la ineficacia del negocio, salvo ratificación; con repercusión de que sean conocidas o no por el cocontratante, de la buena o mala fe de éste, etc.

⁷³ CAPILLA RONCERO, *Comentarios Código civil EDERSA* (dir. Albaladejo), t. XXI-2.º, Madrid, 1986, p. 529. Cfr. PAZ ARES, *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, *ad* artículo 1697, p. 1480.

⁷⁴ CAPILLA, *op. loc. cit.*, p. 533. Cfr. también PAZ ARES, *op. loc. cit.*

posteriori (por hipótesis), lo coloca en la misma situación que la del artículo 1259.2.º, y determina responsabilidad de aquel socio frente a ese cocontratante verosíblemente perjudicado.

f) *Representante mancomunado que actúa solo*

Cuando se trate de representantes nombrados mancomunados, clara y directamente, la actuación de uno solo es insuficiente, incompleta, sin duda. Para otro caso (simple designación plural), no dice nuestro CC cómo deban actuar los representantes o mandatarios: mancomunada o solidariamente. En principio habrá que estar a la voluntad del *dominus* (problema de interpretación). En su defecto, debiendo acudir, a falta de normas concretas –a diferencia de otros ordenamientos: el alemán y el italiano se inclinan por la actuación solidaria, el francés por la mancomunada–, a instituciones análogas en busca de una solución aplicable (donde tampoco hay criterio unánime), creo preferible considerar el mandato o el poder como mancomunado y no como solidario, y que los varios deban actuar de consuno y sólo valga lo que hagan todos conjuntamente o uno legalmente autorizado por los otros: cfr. artículos 897 y 895 CC, aplicables por analogía (frente a la posición contraria de los artsículos 1693 y 1695 CC, para la sociedad civil); solución que parece de mayor garantía y mejor protección para el representado⁷⁵. En conclusión: la actuación de un representante mancomunado (en uno u otro caso) que actúa solo ha de considerarse irregular (por ser incompleta su declaración representativa), e ineficaz el acto así realizado, salvo ratificación (cfr. S de 22 de octubre de 1999, muy oportuna y explícita)⁷⁶.

1.1.2 CONDICIONES SUBJETIVAS DE SU ACTUACIÓN (Y RESPONSABILIDAD)

A) Para que haya lugar a responsabilidad es necesario que la actuación del representante sin poder *sea representativa*, es decir, que actúe frente al tercero en calidad de representante; debe haber actuado así al menos de forma concluyente⁷⁷, dando a entender

⁷⁵ Díez-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 80-81.

⁷⁶ Es la solución que se aplica a este caso en Derecho alemán (§ 177 ss. BGB) (Cfr. FLUME, obra citada, p. 913). Menciona este caso POTHIER (*Traité du contrat de mandat, Oeuvres*, t. VI, París, 1825, p. 149), entre los varios que presenta: aquel en que *le mandataire a excédé son pouvoir (et que ce qu'il a fait n'oblige pas le mandant*, añade).

⁷⁷ Es lo que la doctrina alemana llama «principio de franqueza (o de sinceridad)» [*Offenheitsprinzip*]: cfr. SCHRAMM, *MüKo*, ad § 179, núm. 19; y SCHILKEN, en *op. cit.*, ad § 179, núm. 5.

que lo hace *alieno nomine* (heteroeficacia), aunque no exprese abiertamente la identidad del representado. Ya dije que quedan excluidos de la responsabilidad que ahora abordo los supuestos de representación indirecta (donde hay representación, porque se actúa en interés del representado) –para la que quizá no deba excluirse radicalmente la posibilidad de ratificación, sin embargo–. Por la misma razón, y ahora con más energía, no habrá lugar a responsabilidad por la frustración del contrato si el representante actúa en interés propio y al margen de toda representación –lo explicita él mismo, o quepa deducirlo de hechos concluyentes–, porque en este caso deja de ser representante y queda directamente obligado frente a la otra parte contratante, y es en ese terreno donde deben resolverse los problemas entre los dos contratantes (de cumplimiento o no del contrato, responsabilidad contractual, que no es la que aquí interesa).

B) En un segundo aspecto, trasciende a esta responsabilidad la posición subjetiva del *falsus procurator*: (i) de un lado, su responsabilidad está condicionada por su propia capacidad negocial: no será responsable cuando no la tenga, o la tenga limitada y no haya habido el complemento pertinente (es decir, según las reglas generales); dígase lo mismo en caso de declaración de voluntad viciada del *f. p.*, en que éste podrá oponerse a la pretensión de indemnización; (ii) por otra parte, las varias circunstancias (ya conocidas) pueden ser tomadas en consideración a tal efecto: según que representante y cocontratante conozcan o no la ausencia o los límites del poder, que el primero haya hecho saber al segundo los límites de su legitimación, la actuación de buena o de mala fe de uno y otro, y demás –a ellas se refiere directamente el § 179 BGB (y otros ordenamientos), con diferentes soluciones y efectos–; (iii) dado que de los perjuicios que cause al margen de su falta de poder responde según las reglas generales, en algún caso puede incurrir el *f. p.* en *c. i. c.* (por ejemplo, cuando él mismo haya creado en la otra parte una confianza especial en la celebración del contrato, independientemente de la implícita de su falsa representación), conjunta o alternativa a la que le es propia o específica⁷⁸.

1.2 *El representado*

Casos y condiciones en que puede resultar responsable. En principio, dado el planteamiento de la cuestión y mecánica funcional de la representación, el representado no debe resultar responsa-

⁷⁸ Cfr. FLUME, *op. cit.*, pp. 927-928.

ble por la actuación del *falsus procurator*. Sin embargo, excepcionalmente, puede tener responsabilidad frente al cocontratante (según los esquemas y principios de la responsabilidad, incluido el de la *c. i. c.*) por perjuicios derivados de la frustración del contrato representativo:

a) Unas veces, por culpa propia, cuando con su actuación haya determinado la del *f. p.* (así, si se expresa de forma equívoca en cuanto a su relación con él), o si pudo haber evitado la extralimitación del representante –por ejemplo, retirándole o exigiéndole que devuelva el poder (documento), o advirtiéndole a la persona con quien vaya a contratar, si conocida, de la terminación del apoderamiento o mandato, o de su limitación– poniendo o extremando la diligencia debida (cuestión de negligencia inexcusable), unido ello a la confianza de la otra parte contratante que actúa de buena fe (cfr. SS de 17 de mayo de 1971 y 22 de junio de 1989). En este caso Flume ve una responsabilidad por *culpa in contrahendo*, y no representación aparente⁷⁹; posición razonable, válida en Derecho español.

b) Otras veces, la responsabilidad del representado puede ser por culpa del representante, que ha actuado incorrectamente (lo es ya la extralimitación del poder, o actuar careciendo del mismo) cuando éste pueda ser considerado como un auxiliar o colaborador dependiente del primero –sin perjuicio, en ocasiones, de la responsabilidad personal del propio representante–; también sería, la del representado, responsabilidad del tipo de la *in contrahendo*⁸⁰. Idéntica solución en Derecho alemán (Flume).

Pueden concurrir en algún caso y frente al mismo perjudicado la responsabilidad del *falsus procurator* con la del pseudo-representado. No son incompatibles dogmática ni legalmente, y es perfectamente verosímil su concurso, pues a la del segundo, menos clara, se puede unir en alguno de los supuestos apuntados la del primero, más frecuente y en casos mejor tipificados⁸¹. Sobre la posible solidaridad, cfr. apartado VII.6.

⁷⁹ Cfr. FLUME, *op. cit.*, p. 941; PIOTET, obra citada, p. 107. Véase también, con distinto planteamiento, G. MINERVINI, «Eccesso di procura e responsabilità del dominus», *Foro ital.*, 1947-I, cols. 387 ss. En la doctrina española, cfr. GORDILLO CAÑAS, coment. S de 22 de junio de 1989, *CCJC*, núm. 20, pp. 583 ss.

⁸⁰ Cfr. M. ALONSO PÉREZ, *op. loc. cit.*, p. 910; y F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid (Civitas), 1994, pp. 89-91. Véase Sentencia de 1 de marzo de 1990, y su coment. por RODRIGUEZ MORATA, en *CCJC*, núm. 22 (enero-marzo 1990), pp. 326 ss.

⁸¹ Sobre esta cuestión, en Derecho italiano y con referencias al Derecho alemán, cfr. BENATTI, «Contratto concluso dal *falsus procurator* e responsabilità del dominus», *Riv. Dir. Comm.*, 1959-II, pp. 344 ss.

2. EL PERJUDICADO (ACREEDOR)

2.1 El cocontratante

Este es aquí el perjudicado por excelencia: «la otra parte contratante» (respecto del representado) del artículo 1259.2.º CC, cuyas expectativas se verán frustradas por la ineficacia del contrato y no ratificación por el *dominus*. Mas no siempre será acreedor (o no siempre de forma plena) por los perjuicios que verosíblemente pueda sufrir: ello va a depender de su propia conducta o posición subjetiva (buena o mala fe, conocimiento o no de la ausencia o extralimitación del poder, diligencia que haya puesto para tal conocimiento, etc.), de marcada influencia en este caso, más allá de su incidencia normal en otros tipos de responsabilidad.

La situación típica de este perjudicado es aquella en que el negocio por él celebrado con el *falsus procurator* no es ratificado por el pseudo-representado. Pero hay otra situación en que el cocontratante puede resultar perjudicado por la particularidad de tal negocio: es el caso en que por no ser absoluta la retroactividad de la ratificación y deber respetar los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros (una servidumbre, un embargo), sea limitada la eficacia del negocio ratificado, no plena (por el respeto de esos derechos adquiridos). En este supuesto, los derechos del tercero protegido pueden minorar los efectos del negocio para el cocontratante (adquisición de la finca gravada con la servidumbre o el embargo aludidos), en perjuicio de este último. ¿Quién debe indemnizarlos? Parece, *prima facie*, que debe ser el *f. p.*, culpable de que el contrato no produjera efectos inmediatos y de que el tercero haya adquirido en el tiempo que media entre la contratación y la ratificación la servidumbre o el embargo que deben ser respetados en detrimento del adquirente por el juego y alcance limitado de la retroactividad.

2.2 El «*dominus negotii*»

También el pseudo-representado puede resultar perjudicado por la frustración del negocio que había encargado (mandato) o para el que había dado un poder determinado; frustración y perjuicios debidos a que el negocio no se ha realizado de acuerdo con el encargo o límites del poder, por lo que no lo ratifica y deviene ineficaz. Que aquellos perjuicios deben ser indemnizados (cfr. STS de 17 de octubre de 1932), parece indudable; y debe indemni-

zar el *f. p.*, cuya actuación extralimitada o mal cumplimiento del encargo ha originado la ineficacia del contrato y esos perjuicios. La cuestión, sin embargo, para el jurista –para el teórico aquí; para el abogado y el juez a la hora de fundamentar su reclamación o razonar la condena– radica fundamentalmente en determinar qué tipo de responsabilidad es y norma aplicable.

En ocasiones la responsabilidad del mandatario puede basarse en el cumplimiento defectuoso del mandato o encargo conferido (art. 1718 en relación con los 1714 y 1726 CC), en cuyo caso se tratará de responsabilidad contractual. Igualmente cuando se trate de otra relación contractual (arts. 1697 y 1698, o los pertinentes). Mas creo que también la mera relación poderdante-apoderado, aunque no haya mandato u otro contrato causal (situación infrecuente o difícil en la realidad), puede generar esa misma responsabilidad del *falsus procurator*, todavía del tipo contractual –recuérdese que ésta es entendida en sentido amplio por nuestra doctrina y jurisprudencia, aunque no esté basada estrictamente en un contrato válido (cfr. SS de 26 de enero y 9 de julio de 1984)–. En otro caso deberá basarse en el artículo 1902 CC (principio general del *neminem laedere*).

Creo, pues, que no es difícil justificar esa responsabilidad del representante sin poder frente al *dominus* perjudicado. En cuanto a su calificación, no comparto la opinión, aun valiosa, de Gordillo⁸², que parece exigir (si no he entendido mal) que deba haber siempre un negocio causal, o en su caso mandato o representación aparente (imputación objetiva), y siempre deba ser responsabilidad contractual. Puede ser de esta clase en el supuesto antes presentado; sí. Pero puede tratarse también de responsabilidad no contractual, sea *ex* artículo 1902 CC (ya sugerida) o precontractual, es decir, la típica del *falsus procurator* en caso de no ratificación, sin más. Y en este caso pienso que no es preciso, para que pueda reclamarse indemnización por perjuicios –como sugiere Colás Escandón⁸³– que el cocontratante no conociera ni debiera conocer la falta de poderes con la que actuó el falso representante, porque la responsabilidad frente al representado no deriva tanto de la relación con el cocontratante, sino de la frustración e ineficacia del negocio, de los perjuicios del *dominus*.

2.3 Terceros perjudicados

La no ratificación del contrato preparado por el falso representante puede afectar indirectamente a ciertos terceros que manten-

⁸² Obra citada, pp. 236 y 237.

⁸³ *La ratificación*, cit., p. 529.

gan una relación jurídica con alguna de las partes materiales de ese negocio de tal naturaleza que les legitime para interferirse con una pretensión jurídica, y que resulten perjudicados por la frustración e ineficacia del contrato. Se tratará, desde luego, de efectos indirectos, sean reflejos o de los llamados provocados, con esa doble presentación:

a) unos, por repercusión negativa (para el tercero) por mor de una conexión entre relaciones jurídicas: así, el caso del asegurador (del representado o del cocontratante) del cumplimiento efectivo del contrato de obra, cuya frustración puede obligarle a indemnizar —cfr. S de 16 de febrero de 1983, sobre un caso relativamente próximo—; o del fiador del pago a un acreedor que no se halle cubierto por el artículo 1158 CC (por ejemplo, eficaz sólo en parte), pago hecho por un representante sin poder suficiente y no ratificado por el deudor; incluso el caso de la persona que tiene concertado un subarrendamiento, siquiera sea como precontrato o como contrato condicionado a un arrendamiento concreto, que no llega a adquirir eficacia jurídica por la frustración del arrendamiento celebrado por el falso representante cuyo principal no lo ratifica luego;

b) en otros casos (de eficacia provocada, la llama Díez Pícazo), puede tratarse de un tercero cuya pretensión frente a una de las partes pueda basarse en un contrato de un representante sin poder que no deviene eficaz por la no ratificación del *dominus*.

En todos estos supuestos puede haber perjuicios para un tercero que, aun indirectos o reflejos, derivan de una actuación jurídicamente incorrecta del representante (su no legitimación), que éste debe indemnizar por las mismas razones que al cocontratante (eficacia directa) y con la misma juridicidad que aquel tercero tendría para pretender los efectos indirectos (los jurídicos, no los de mero hecho) resultantes de ese contrato, con el que su posición jurídica guarda relación.

V. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL *FALSUS PROCURATOR*

1. PRESUPUESTOS NORMATIVOS

a) *Actuación representativa del falso representante* (ya sugerida como condición subjetiva de su actuación: apartado IV.2.1.2). Debe tratarse de negociación *alieno nomine* apta *per se* para la conclusión de un contrato, es decir, que llegue a pactos pendientes

sólo de la ratificación por el *dominus*⁸⁴. La doctrina alemana dice que el representante debe haber mostrado de forma seria (concluyente) que existe un poder de representación, o si asegura la eficacia del negocio por ratificación, a falta de poder (Schilken habla de un «principio de sinceridad»: *Offenheitsprinzip*); sin que baste la mera presencia de hechos que permitan concluir que hay poder⁸⁵. Para Schramm la carga de la prueba de la existencia del poder compete al representante⁸⁶. Por lo que atañe al Derecho español, es necesaria la actuación representativa en los términos dichos (esquema funcional de la representación), mas no creo imprescindible el mostrar la existencia de poder en la forma que alude la doctrina alemana (allí, por exigencia indirecta del § 179 BGB).

b) Ausencia o insuficiencia de poder

Este (y demás supuestos asimilables: mandato extralimitado, etc.), es el presupuesto primario y básico, o punto de partida de la responsabilidad del falso representante (porque es eso lo que le da especificidad). No comparto la opinión de Schilken (para el Derecho alemán), para quien sería equivalente el que el representante sí esté legitimado pero pretenda realizar el contrato como carente de poder –en tal caso el contrato es directamente eficaz por la existencia del poder.

La ausencia (o insuficiencia) de poder debe tener lugar en el momento de cerrarse el acuerdo entre el falso representante y la otra parte contratante (no digo perfeccionarse el contrato porque no hay tal: se trata de un negocio *im*-perfecto). Creo que compete al representante la carga de la prueba de la existencia y subsistencia del poder (cfr. art. 1725 CC); el cocontratante puede pedir que se le muestre el poder y, en su defecto, no contratar –véase lo que digo sobre el art. 1725 más adelante⁸⁷.

⁸⁴ Digo esto –aunque parezca obvio– porque la forma de desarrollarse los tratos es muy varia en la realidad; y cabría excluir del supuesto de hecho básico de la responsabilidad que nos ocupa aquel en que después de haber llegado el *f. p.* y la otra parte a cierto acuerdo, exija el primero de ellos el retrasar la firma del contrato hasta que lo haya visto e intervenga el *dominus*. En ese caso lo que han hecho aquéllos no es sino meros tratos iniciales, que sólo adquiere trascendencia contractual con la aceptación del último.

⁸⁵ Obra citada, p. 182 (véase nota 77).

⁸⁶ *Münchener Kommentar*, cit., ad § 179, núm. 20.

⁸⁷ En Alemania, FLUME, con referencia al § 179.1 BGB, que lo menciona («...en tanto no acredite su poder de representación, ...»), dice que es presupuesto de la responsabilidad (que dicho precepto regula) «que el representante no acredite su poder de representación» (*op. cit.*, p. 934). Para SCHILKEN, en cambio, la *acreditación* del poder es requerida en su existencia jurídico-material y no en su demostrabilidad (*Staudinger Kommentar*; cit., ad § 179, núm. 7). Más cerca del segundo, creo, por mi parte –y pensando en el Derecho español– que la no acreditación del poder es, más que presupuesto estructural, un dato o elemento probatorio a la hora de exigir esa responsabilidad, de tal

c) *No ratificación por el dominus negotii*

La ratificación sana el negocio del *f. p.*, al que llega por ese conducto la voluntad negocial del interesado; ratificado, el contrato deviene perfecto y eficaz. De ahí que la no ratificación sea la que determina, en última instancia, la frustración del contrato y, por ello, la responsabilidad *de quo*. Es, pues, un presupuesto esencial para el éxito de la acción indemnizatoria, aunque quizá no tanto para su interposición⁸⁸. En mi opinión, es indiferente si la no ratificación se produce por negativa del *dominus* –que rehusa ratificar luego de requerido al efecto o simplemente invitado o interrogado; incluso por mero silencio– o por imposibilidad –el interesado fallece sin herederos, o desaparece, o deviene incapaz y no ratifica su representante legal oportunamente–. También en el caso en que el interesado no puede ratificar porque carece de capacidad negocial (en Derecho alemán se vincula a que el representante haya ocultado este hecho a la contraparte)⁸⁹. Si sencillamente no ha habido ratificación (quizá por inercia o pasividad de todos), y siendo todavía jurídicamente posible, el falso representante puede exigir, antes de indemnizar, que el *dominus* sea requerido de ratificación, y sólo cuando conste su negativa concurrirá este requisito. A su vez, mientras pende la ratificación no cabe exigir responsabilidad al falso representante⁹⁰. Pero otorgada la ratificación es irrevocable. En caso de negativa parcial y divisibilidad de la ratificación (que es posible), los efectos negativos (perjuicios, indemnización) alcanzarán sólo a la parte ineficaz (no ratificada) –como los positivos, a la parte eficaz, de la parcial ratificación–⁹¹.

Esa no ratificación, como presupuesto, obliga a remitir a su anverso, la ratificación y su régimen: sólo procede de persona legitimada (el *dominus negotii*, su representante legal, sus sucesores) en momento oportuno y sólo mientras subsista jurídicamente el negocio ratificable –es decir, antes de su revocación «por la otra

forma que la acreditación o prueba de la existencia del poder (suficiente) impide la condena del representante por ser eficaz el negocio. Por tanto, presupuesto inicial y racional de la responsabilidad es la ausencia o insuficiencia del poder, sin más; su demostración operará en otro momento jurídico (el de la exigencia efectiva, judicial o extrajudicial, de la responsabilidad).

⁸⁸ La jurisprudencia italiana estima que la no ratificación no es presupuesto de la acción de indemnización, la cual puede ejercitarse aunque haya tiempo para la ratificación si bien sólo podrá tener éxito si en el curso del proceso sobreviene la certeza de su imposibilidad (cfr. V. Roppo, *op. cit.*, p. 302).

⁸⁹ Cfr. SCHILKEN, en *Staudinger Kommentar*, cit., ad § 179, p. 189.

⁹⁰ Cfr. *Münchener Kommentar*, cit., ad § 179, núm. 21.

⁹¹ Debo insistir en que presupuesto auténtico, requisito institucional de esta responsabilidad, es la sola no ratificación, que comporta la ineficacia del negocio, causa efectiva ésta de los perjuicios que indemnizar y de la responsabilidad. Su prueba corresponde al momento en que esta última sea exigida.

parte contratante» (art. 1259.2.º CC): producida la revocación, ya no cabe ratificación, ni denegarla—.

d) *No revocación por el cocontratante*

En principio se presenta éste también, el de la no revocación, como presupuesto general de la responsabilidad que nos ocupa, en tanto que son los dos (el desistimiento del contrato y la posibilidad de indemnización de los perjuicios sufridos) los medios o mecanismos de protección del cocontratante. De ahí que se hable de la incompatibilidad de uno y otro, lo que comportaría que para exigir esta responsabilidad fuera preciso que no haya habido aquella revocación; si la ha habido, o es posible todavía, no procedería la indemnización (responsabilidad). Hay esa incompatibilidad en Derecho alemán, donde «si la otra parte revoca conforme al § 178 BGB, entonces no procede la responsabilidad según el § 179»⁹².

Mas no estoy seguro de que eso deba ser así siempre; al menos, en nuestro ordenamiento. Estoy pensando en el caso en que antes de la revocación por el cocontratante haya sufrido éste perjuicios, y opte por desistir del contrato en evitación de otros mayores y para salir de la situación provisional y no quedar indefinidamente a merced de una ratificación insegura o intempestiva (art. 1259.2.º). En tal caso creo que nada puede impedir que el cocontratante reclame la indemnización de esos perjuicios anteriores a la revocación, la cual sólo ha evitado que aumenten. Podrá preguntarse: ¿quién es el culpable de la frustración de ese contrato y de los perjuicios? Creo que el culpable es el falso representante y que habrá de llevarse a ese terreno la cuestión de la responsabilidad que ahora interesa, y poner el acento en la relación de causalidad correspondiente.

En todo caso, y salvo este supuesto un tanto marginal, la no revocación por «la otra parte contratante» (del art. 1259.2.º CC) es presupuesto de la responsabilidad del falso representante: es decir, que, en general, la revocación es un límite a la exigibilidad de responsabilidad al *falsus procurator*; y, cuando no pueda excluirla, un límite objetivo-temporal a los perjuicios indemnizables.

e) *¿Otros presupuestos?*

Hay alguno problemático.

i) Es necesario, para que la responsabilidad sea del *falsus procurator*, que la ineficacia y frustración del contrato provenga de la falta

⁹² Cfr. FLUME, obra citada, p. 934.

de poder suficiente (y demás dicho) y no de una invalidez por otra causa, pues en este último supuesto (invalidez) estaremos ante otra situación y consecuencias: así, cuando el contrato representativo es *contra legem*, o el representado carece de facultad de disposición sobre el objeto del negocio (por ejemplo, prohibición de disponer de la finca vendida por el falso representante) –en tal caso éste sólo debe responder de las consecuencias de su falta de poder, si las hay vinculadas a éste, pero no por la nulidad derivada de la prohibición de disponer–; o si el representante no tiene capacidad negocial apta para el acto que realiza, o si la tiene limitada y necesitada de un asentimiento (de los padres o del curador) y no llega⁹³. Caso parecido –de exclusión también de la responsabilidad que nos ocupa– puede ser el del falso representante que lleva a cabo los tratos contractuales pero es el representado quien termina el contrato y éste se frustra en razón del segundo (por ejemplo, incapacidad negocial)⁹⁴. En cambio, si el negocio representativo hubiera sido inválido por razones ajenas al poder y el representante las hubiera ocultado o disimulado y hubiera inducido al otro contratante a confiar en la validez del contrato y en su propia gestión representativa, será aquél responsable frente a éste, pero –en mi opinión– por *c. i. c.* y no como *f. p.*⁹⁵.

ii) En Derecho italiano, en relación con el artículo 1398 del *Codice*, dice algún autor⁹⁶ que es presupuesto de la responsabilidad del falso representante el que éste conozca que actúa sin tener poder (suficiente). En el mismo sentido, la jurisprudencia italiana (S Cass. Civ., de 22 de mayo de 1963). Justificase tal requisito en que la responsabilidad que nos ocupa tiene (allí) origen en un comportamiento ilícito del representante, y sólo de él, no del representado. A su vez, tal concepción –responsabilidad culpabilista– comporta la exigencia de conducta ilícita, que en este caso la concretan (aquella doctrina y jurisprudencia) en el conocimiento por el representante de actuar sin poder; culpabilidad que para algunos está fuertemente objetivada, hasta diluirse en una culpa *in re ipsa*⁹⁷. Por

⁹³ Cfr. FLUME, *op. loc. cit.* (con cita de jurisprudencia alemana); y SCHILKEN, *op. loc. cit.*, ad § 179, p. 184. Es también opinión general de la doctrina italiana, que ROPPO cree sólo «opinable» (*op. cit.*, p. 301).

⁹⁴ Cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 17. Sobre la actuación de un *f. p.* representando a un incapaz, véase las distinciones que hace FLUME, obra citada, p. 934.

⁹⁵ Discutida también esta cuestión en la doctrina alemana, SCHRAMM (*Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 24 ss.) cree aplicable a este caso el § 179, por analogía, frente a quienes creen que se trata de *c. i. c.* En Derecho italiano la S Cass. Civ. de 27 de mayo de 1960 dijo que no ha lugar a responsabilidad por *c. i. c.* si quien ha actuado como representante ha omitido revelar a la contraparte la existencia de una violación legal de la que derive la invalidez del contrato.

⁹⁶ PETRELLI, *op. cit.*, p. 516.

⁹⁷ Así, ROPPO (*op. cit.*, p. 32): de ello deduce este autor la facilidad de la prueba de ese requisito.

lo que se refiere al ordenamiento español, el conocimiento de la ausencia de poder no es requisito de la existencia de responsabilidad, pues puede haberla sin tal conocimiento: por ejemplo, cuando no ha puesto la diligencia pertinente para comprobar el alcance de su legitimación. El conocimiento de su no legitimación por el representante tiene trascendencia, en efecto, pero no ya para la existencia de la responsabilidad, cuanto para distinguir supuestos y alcance de la misma, conjugado tal dato con otros.

iii) En relación con el ordenamiento español, García Rubio –y con ella otros autores⁹⁸– incluye entre los «presupuestos generadores de la responsabilidad» el que exista culpa en el falso representante y buena fe en el tercero con quien contrató. La culpa del pseudorrepresentante –dice– no aparece exigida de manera expresa en la ley, pero cree que puede deducirse del artículo 1725 CC (e implícita en el 1738); y esa responsabilidad se halla también supeditada –añade– a la buena fe del tercero, exigencia que apoya ahora en García Goyena y su comentario al artículo 1616 del Proyecto de 1851. ¿Son exigibles *siempre* esos presupuestos? No estoy yo tan seguro. Pienso que, en nuestro sistema jurídico la culpa del falso representante y la buena fe del cocontratante no son (al menos, siempre) efectivos presupuestos de esta responsabilidad⁹⁹, porque hay casos en que se da sin aquella culpa; porque hay más supuestos de responsabilidad que el del artículo 1725 CC; y porque la buena fe, también al margen del artículo 1725, es un dato relevante, ciertamente, pero no siempre para el nacimiento sino para modular los efectos de la responsabilidad. Puede discutirse si debe imponerse con carácter general el criterio objetivo frente al culpabilista, pero es evidente que hay supuestos en que la responsabilidad del *f. p.* no se guía estrictamente por su culpa, además de algunos en que la propia ley la impone directamente (art. 10 Ley Cambiaria, y 247.2 CCom.).

2. PARTICIPACIÓN SUBJETIVA DE LOS PROTAGONISTAS DE LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO DEL FALSO REPRESENTANTE

Como ya he dejado dicho, varias situaciones subjetivas de las tres personas que intervienen, con diferente protagonismo, tienen

⁹⁸ GARCÍA RUBIO, obra citada, p. 200. En el mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, GORDILLO CAÑAS, LEÓN ALONSO.

⁹⁹ En Derecho alemán y ante el § 179 BGB, no es necesaria, desde luego, la culpabilidad del representante sin poder. Así, clara y directamente, SCHILKEN, en *Staudinger Kommentar*; cit., ad § 179, pp. 181 y 184. Tampoco en Derecho suizo.

relevancia en la responsabilidad *de quo*. Algunos ordenamientos las recogen (respecto del falso representante o del otro contratante) en su tipificación de la responsabilidad ¹⁰⁰.

a) En cuanto al *falso representante* y al *cocontratante*, pueden conocer uno y otro la carencia de poder suficiente; pero pueden también desconocerlo por no haber puesto la diligencia pertinente en saber la subsistencia (si hubo ocasión o riesgo de extinción) o el alcance (suficiencia) de su poder. La ignorancia de cada uno puede ser, a su vez, excusable o inexcusable. El cocontratante pudo pedir, además, y quizá no pidió, al representante que «le diera conocimiento suficiente de sus poderes» (art. 1725). La diligencia o negligencia deberán computarse según criterios objetivos: diligencia exigible aquí será la que la opinión general y una conducta razonable aconsejarían para el caso concreto y sus circunstancias, con especial relevancia de los datos facilitados y que se hayan podido obtener. Por otro lado, puede haber advertido el representante al cocontratante de los posibles problemas de su legitimación, o no (dolo, mala fe, o por negligencia). La buena fe, en este caso, ha de ser entendida en sentido objetivo: la lealtad en los tratos, que comporta ciertos deberes particulares (franqueza, claridad). La mala fe del *f. p.* consiste en el comportamiento desleal –incluido el silencio o la ocultación de situaciones y circunstancias relevantes para su legitimación o para la eficacia del contrato–; y la del cocontratante, en llevar adelante los tratos contractuales consciente de la carencia de legitimación del representante (sabe, por ejemplo, que ha fallecido el *dominus*, cosa que ignora el representante). El desconocimiento o deficiente conocimiento de los poderes de que goza el representante puede inducir a error al cocontratante, situación también que considerar.

b) Por lo que respecta al *dominus negotii*, su actitud más relevante, a efectos de responsabilidad, reside en comportamientos equívocos que hayan podido crear una duda razonable en el representante o en el cocontratante acerca de la correcta legitimación del primero: en la mayor parte de los casos esa actitud dará lugar a una representación aparente (incluso cuando sea culposa), lo que le obligará a asumir los efectos del contrato concertado; en otros, por menor entidad, no dará lugar a representación aparente, pero sí a responsabilidad por su parte en cuanto determine perjuicios en el tercero. En ocasiones, una actitud negligente del *dominus* puede

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, el artículo 1398 C.c.ital. («...por haber confiado [el tercero contratante] sin culpa por su parte en la validez del contrato»), artículo 39 C. Oblig. suizo (que habla del conocimiento o no por el cocontratante de la ausencia del poder, y de la culpa del representante), el § 179.2 BGB y artículo 3.204.2 de los *Principios DEC* (en términos semejantes).

dar lugar a que el representante no llegue a conocer con exactitud la existencia (sobre todo en caso de extinción) o suficiencia de los poderes, con repercusión en la posición subjetiva de éste y, por su conducto, igualmente trascendente en orden a la responsabilidad.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTA RESPONSABILIDAD

No regulada directamente en el ordenamiento español la responsabilidad del *f. p.* ni la culpa *in contrahendo*, y con el artículo 1725 CC como única norma en que cabe pensar al respecto (para un caso concreto), el primer problema es el de establecer los criterios normativos aplicables a la cuestión de referencia, por un lado; y, por otro, el alcance del artículo 1725, en su aplicabilidad a nuestro caso y en cuanto a su inteligencia y alcance.

1. CRITERIOS NORMATIVOS GENERALES

Algunos autores, aquí y en la doctrina italiana¹⁰¹, apelan directamente al régimen de la *c. i. c.* como criterio normativo aplicable a la responsabilidad del *f. p.*. García Rubio y otros, en nuestro país, aluden directamente al criterio culpabilista al citar, como presupuesto o requisitos para que haya lugar a esta responsabilidad, que exista culpa en el falso representante y buena fe en el tercero¹⁰².

No comparto esas soluciones: *a)* la primera, porque pienso que la responsabilidad del *f. p.* desborda la precontractual, amén de que no hay norma que las identifique ni legalidad específica en nuestro Derecho; *b)* la segunda me parece inadecuada, así formulada, porque hay situaciones que no pueden o deben ser resueltas por la vía culpabilista que se sugiere; y porque, sin dejar de operar la culpa en ocasiones como elemento decisivo, no creo que deba ser ése el criterio general.

1.1 ¿Aplicabilidad del régimen de la culpa *in contrahendo*?

La dificultad para su aplicación, en nuestro caso y para el ordenamiento español, es doble: no está muy claro qué casos pueden incluirse en la responsabilidad precontractual por la generalidad del concepto (de importación tardía de otros sistemas jurídicos); y tam-

¹⁰¹ En cuanto a la doctrina italiana, cfr. los autores citados en nota 54.

¹⁰² GARCÍA RUBIO, *op. loc. cit.* Cfr. nota 98.

poco lo es el de las normas aplicables y bajo qué criterios o principios. La doctrina española no siempre es acorde, por otro lado, en cuanto a las hipótesis que generan culpa *in contrahendo* (tampoco la jurisprudencia)¹⁰³; igualmente, en cuanto a la ubicación, dentro de ella, de la responsabilidad del falso representante, que va desde cierta concreción de algunos al silencio de otros¹⁰⁴. Idénticos problemas y desacuerdo en cuanto al régimen legal aplicable: el de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss.), o de la extracontractual (art. 1902), o como infracción de la buena fe en general y en el ámbito contractual (arts. 7.1 y 1258 CC)¹⁰⁵. Parecida variedad de respuesta en cuanto a otros ordenamientos, en legalidad y doctrina¹⁰⁶, en los que, sin embargo, hay cierta coincidencia en un extremo: la *c. i. c.* está concebida, en general, según criterios subjetivistas (lealtad, buena fe) y culpabilistas, y la responsabilidad del *f. p.*, en cambio, bajo un criterio objetivista (predominante).

Volvamos al Derecho español. Aun aceptando que la ineficacia –que no invalidez ni nulidad del contrato– y la frustración por no ratificación se hallen insertas en la fase precontractual (antes de y por la no perfección del negocio), pienso que los problemas del contrato del *falsus procurator* y su responsabilidad tienen bastante de específico, no encajable abiertamente en ninguno de los supuestos claros y más típicos de *c. i. c.*: no es de nulidad (en la que pensaba Ihering, ni otra), ni interrupción injustificada de las negociaciones, ni siempre de deslealtad en los tratos. Su especificidad proviene de una actividad inicialmente incorrecta y posición irregular de ori-

¹⁰³ Además de las obras generales –cfr., a título de ejemplo, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, p. 276; LACRUZ-RIVERO, *Elementos DC*, t. II-1.º (ed. 1994), pp. 399 ss.–, véase A. MANZANARES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, pp. 687 ss.; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 119 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, obra cit., pp. 260 ss.

¹⁰⁴ ASÚA GONZÁLEZ lo menciona como un supuesto, entre los de invalidez contractual, susceptible de *c. i. c.* (obra citada, pp. 260 ss). Igualmente GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, pp. 155 ss.). Díez PICAZO no cita la responsabilidad del *f. p.* entre las hipótesis típicas de la precontractual; sí, en cambio, Díez PICAZO-GULLÓN (*Sistema*, cit., II, p. 80). LACRUZ tampoco lo menciona al tratar la responsabilidad precontractual (*Elementos de Derecho civil* t. II-2.º, ed. 1985, pp. 93-96; t. II-1.º, pp. 378-380, ed. 2003).

¹⁰⁵ Sin perjuicio de las inevitables (y necesarias) matizaciones, se inclina por la aplicación del artículo 1101 y concord. ALONSO PÉREZ (*op. loc. cit.*, p. 920); por el 1902 MORENO QUESADA (*La oferta de contrato*, Madrid, 1963, pp. 42 ss.), y GARCÍA RUBIO (obra citada, p. 130); JORDANO FRAGA opta por los artículos 7.1 y 1258 CC (en *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 31 ss.). Véase un amplio recorrido por la doctrina española en GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 78 ss.

¹⁰⁶ De los ordenamientos que regulan la responsabilidad del falso representante, el BGB la ha extraído (§ 179) del ámbito de la precontractual (§§ 122, 307 y 309); en el CC italiano hay una norma autónoma para la primera, el artículo 1398, respecto de los 1337 y 1338, aunque la doctrina y la jurisprudencia lo consideran como un caso particular de *c. i. c.*; también en el CC suizo (arts. 26, 27 29 vs. 39) y en los Principios del Derecho europeo de Contratos (arts. 3204, frente al 2301, respectivamente).

gen, quizá incluso ilicitud, del representante (porque carece de legitimación para cuanto pretende), lo que va a caracterizar al negocio y crea un riesgo (de frustración y perjuicios) ya desde el primer momento, que no se da en otros supuestos de *c. i. c.* Si nuestro caso no se aparta mucho de la responsabilidad precontractual (sobre todo, como ocasión y momento jurídico), tampoco se identifica con ella; es en buena medida distinta y opera de forma diferente; sus efectos pueden ser también otros. Y si no cabe invocar un régimen legal concreto, las normas generales a las que inexorablemente hay que acudir pueden tener aquí una inteligencia y aplicación que debe diferir de los supuestos de *c. i. c.* por mor de esa especificidad. Porque el problema principal en Derecho español no es tanto el de las normas aplicables, por parcas y generales (art. 1902 y concord.), cuanto el de los criterios de aplicación.

1.2 Preferencia por el principio objetivista

En la actuación del falso representante las cosas no ocurren exactamente como en la de la responsabilidad precontractual. En el supuesto fáctico y esquema normal de esta última las partes actúan inicialmente desde una posición de corrección jurídica (libertad de contratar o no contratar, tratos y discusión contractuales) y sólo luego hay dilaciones, ocultaciones o engaños, deslealtad en los tratos, y demás. En cambio, en la actuación del *falsus procurator* hay ya *ab initio* una ilicitud e incorrección jurídica —sí, por violación de los deberes generales, universales, que ligan a toda persona en una situación determinada— que va a afectar al cocontratante, quien corre desde el primer momento el riesgo aludido. Junto a todo ello, otras circunstancias pueden adornar luego el supuesto de hecho: que el falso representante lo confiese así inmediatamente, o no; que haya puesto toda la diligencia posible en conocer si todavía conserva sus poderes, o su alcance o límites; si ha habido buena o mala fe por su parte (y del lado del cocontratante), etc. Esas son variables (subjetivas) que unas veces determinan o excluyen la responsabilidad, y otras matizan o modulan su alcance. (El *f. p.* puede, además, incurrir él mismo en *c. i. c.*, como dije.)

Aun hay otros planteamientos y razones:

a) En el orden práctico, procesal, el partir aquí de un principio culpabilista obligará al perjudicado a tener que empezar por demostrar la culpa del contrario y su buena fe siempre —como exigen los autores antes citados—. Me parece eso demasiado oneroso, y creo más justo que opere inicialmente como principio una presunción de culpa y responsabilidad (objetiva) en quien actúa inco-

rrecta o ilícitamente (el *f. p.*), y que compete a él la carga de la prueba de su buena fe (que comunicó al cocontratante la falta o limitación de sus poderes), o que actuó con toda la diligencia exigible a tal efecto. Se trata de una forma suave de responsabilidad objetiva (quizá mejor, cuasi-objetiva): responsabilidad por riesgo, o por garantía, como prefieren otros.

b) Plantearé la cuestión de otra manera. Si el falso representante actúa ignorando él mismo que carece de poder y el cocontratante obra de buena fe, ¿debería aquél indemnizar los perjuicios sufridos por el segundo por la no ratificación del *dominus*? En mi opinión, sí; aunque el primero haya actuado ignorante y de buena fe. En la disyuntiva acerca de quién deba asumir los perjuicios, uno u otro, me parece más justo y razonable que los soporte el *f. p.* (indemnizando) que el cocontratante: en la creación y distribución de riesgos tiene el primero mayor participación, y es él quien ha partido desde una posición irregular, y no el segundo, menos responsable, más ajeno a la frustración del contrato —la relación de causalidad, centro de gravedad de la responsabilidad y la indemnización, le es mucho más adversa a aquél que a éste—. En ese sentido, con ese alcance, entiendo la responsabilidad objetiva de que hablo, no más. Esa es, sustancialmente, la solución del § 179 BGB¹⁰⁷ y del artículo 1398 CC ital., que no pretendo importar a nuestro sistema jurídico por mimetismo, sino que cito a modo de ejemplo (de ordenamientos prestigiosos) y para que se vea que lo que propongo no es tan raro o excepcional. No es, tampoco, novedad en nuestro sistema jurídico, que tiene admitida la responsabilidad objetiva en no pocos ámbitos jurídico-sociales. Me parece preferible, en todo caso, al criterio y responsabilidad culpabilista.

c) En materia de daños o responsabilidad civil no siempre se trata de determinar —ni quizá sea correcto en un plano estrictamente jurídico (solución de conflicto de intereses), no moral— quién es el malo, el culpable, para hacerle soportar las consecuencias de su culpa, sino determinar qué patrimonio debe encajar los perjuicios derivados de una determinada actuación según criterios razonables, de utilidad social y de justicia (entre los cuales el de la culpa puede jugar importante papel, pero no ya el único ni el decisivo). Nuestro sistema jurídico y la jurisprudencia (aunque no siempre de forma lineal) han superado, por diversos conductos y razonamientos, la vieja idea de culpa como principio exclusivo de responsabilidad y, sobre todo, los esquemas procesales y prácticos que comporta. En nuestro caso pienso que hay motivos para atri-

¹⁰⁷ Cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 4.

buir inicialmente aquella responsabilidad al falso representante – basada en el riesgo de frustración y de perjuicios creado con su conducta irregular–, salvo que pruebe que hizo todo lo posible para evitarlos al cocontratante; es decir, compete a él la carga de la prueba de la no culpa.

d) Evidentemente, el de la responsabilidad cuasi-objetiva no es el único criterio que pueda y deba operar en nuestro caso. Un principio importante aquí es el de la protección del cocontratante que ha actuado de buena fe, para quien el riesgo potencial a que estuvo sometido se ha convertido en perjuicio actual. Su interés es en este caso el relevante, como dije, y merece especial atención y protección jurídica idónea (criterio teleológico de interpretación, que propuse), sin agravar su situación imponiéndole la carga de la prueba implícita en el principio culpabilista¹⁰⁸. Pero es necesario que el suyo sea un interés jurídicamente protegible, pues hay situaciones en que no lo será (si no pudo albergar una confianza razonable en la eficacia del contrato, y otras).

2. EL ARTÍCULO 1725 CC, Y SU JUEGO Y ALCANCE EN ESTA MATERIA

Es prácticamente la única norma en nuestro CC que alude directamente a cierta forma de responsabilidad del mandatario (generalizable al representante sin gran violencia) si «traspasa los límites del mandato sin darle [a la parte con quien contrata] conocimiento suficiente de sus poderes». Dos problemas principales plantea ese precepto: a) ¿hay un deber jurídico de dar conocimiento del poder, o derecho de pedirlo?; ¿a quién compete una cosa u otra?; y b) qué tipo de responsabilidad es la que alcanza al mandatario en ese caso.

2.1 ¿Deber o carga de informar, o derecho a pedirlo? (sub a)

No dice esa norma, ni aparece en ninguna otra, si compete al mandatario hacer saber a la contraparte cuáles son sus poderes (límites del mandato o del poder), o si es carga que afecta a la otra parte contratante el exigir a aquél que le muestre su poder (manda-

¹⁰⁸ He invocado antes el ejemplo de los Códigos alemán e italiano (preceptos citados). Puedo añadir ahora el régimen legal de la responsabilidad del *f. p.* en el C. Oblig. suizo, artículo 39 (que impone la responsabilidad sin necesidad de culpa en su núm. 1, con agravación de la misma «*en cas de faute du représentant*»); los *Principios DEC*, artículo 3.201.2, y la *Convention on Agency*, artículo 16.2 (cfr. nota 20).

to). La doctrina española no se muestra muy explícita¹⁰⁹, y tampoco la jurisprudencia, que unas veces ha exigido al mandatario la prueba de la existencia y suficiencia de su poder (SS de 31 de mayo de 1961, 7 de noviembre de 1969 y 18 de noviembre de 1972), y en otras parece entender que no existe deber concreto de acreditar el mandato o el poder (S de 6 de febrero de 1971); también Sentencia de 14 de marzo de 1980.

En mi opinión, de acuerdo con los precedentes del artículo 1725 (art. 1997 del *Code*) –cfr. García Goyena, coment. art. 1616 del Proyecto–, de redacción casi idéntica al nuestro, y los antecedentes legislativos de aquél¹¹⁰, cabría entender que el mandatario no tiene un deber jurídico u obligación estricta de informar al cocontratante de su deficiencia o insuficiencia de poder (ni éste tendría un verdadero derecho a ser informado), sino que compete al primero la *carga* de informar de sus poderes si no quiere incurrir en la responsabilidad que previene ese artículo –de «responsabilidad» habla, la que sea– para el supuesto que contempla¹¹¹. Ante esa situación parece que al cocontratante no le queda otra opción antes de contratar que la de no hacerlo con el mandatario que no le muestre el alcance y límites de su poder; y si contrata de buena fe (desconocimiento del defecto de poder del mandatario), exigir a éste la responsabilidad del artículo 1725 CC.

En todo caso, creo que está bastante clara la *ratio legis* del artículo 1725: proteger al cocontratante que desconoce el traspaso de los límites del mandato (poder) (cfr. S 17 de mayo de 1971), y establecer que cuando concurre ello con su ocultación por parte del mandatario (representante), queda éste responsable, y no el principal, frente a ese cocontratante.

2.2 De qué responsabilidad se trata (sub b)

No más clara es la cuestión de si la sanción del artículo 1725 CC supone que el propio mandatario quede vinculado frente al tercero en cuanto a las obligaciones del negocio representativo, o si

¹⁰⁹ Cfr., a título de ejemplo, LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. loc. cit.*, p. 515.

¹¹⁰ Los del artículo 1997 del *Code* hay que verlos en el *Rapport* de BERLIER y sobre todo el de TARRIBLE con ocasión de los trabajos preparatorios de aquél; más interesante el segundo: «Le tiers lui même n'a aucun recours contre le mandataire qui lui a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs [...] La garantie ne serait due par le mandataire que dans le cas où il aurait caché au tiers contractant la vraie mesure de ses pouvoirs» (FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, XIV, p. 894).

¹¹¹ Muy discutida esta cuestión en la doctrina italiana (*dovere, obbligo, onere, facoltà*), es opinión predominante la de considerarla como una carga que afectaría al representante (BETTI, CARRESI, BARBERO, MOSCO, PUGLIATTI, RUBINO, etc.); menos segura la jurisprudencia, que parece preferir que la exigencia de la prueba de la existencia y contenido del poder sea una facultad del cocontratante (cfr. Gianni GALLI, «Rappresentanza senza potere», *RTDPC*, 1968, pp. 1797 ss.).

sólo queda obligado a la indemnización de perjuicios por la frustración del negocio en que el cocontratante debería haber quedado vinculado con el mandante. Como bien dice el profesor Díez-Picazo –que alude a la «evidente ambigüedad» de aquel artículo–, la responsabilidad de que habla puede entenderse en un doble sentido: que el mandatario quede obligado a cumplir él el contrato celebrado sin poder; y también que sea responsable de los daños que se irroguen al tercero como consecuencia de que el contrato concertado no sea cumplido ¹¹².

Pienso, por mi parte, que la responsabilidad que ese precepto impone al mandatario en quien concurren los dos requisitos (extralimitación del mandato y no dar conocimiento suficiente del poder) debe ser, por regla general, la de indemnizar al cocontratante los perjuicios derivados de la frustración del contrato representativo, opinión por la que se inclina la mayor parte de nuestra doctrina especializada ¹¹³. Mas no debe descartarse que en algún caso pueda quedar vinculado contractualmente el propio mandatario, cuando la prestación debida sea fungible (por ejemplo, prestar 10.000 euros) y de la naturaleza y circunstancias negociales no se deduzca que esa solución quedaba implícitamente excluida. Creo que esta interpretación (insistiendo en la limitación o excepción dicha: prestación infungible) no debe ser rechazada, aunque el negocio sea representativo, pues casos hay en que mandatario queda vinculado directamente, y el propio artículo 1725 habla de «responsable *directamente* a la parte con quien contrata», expresión que también emplea el artículo 1717.2.º, e insólita, en cambio, en nuestro CC para significar sólo la obligación de indemnización de daños *ex contractu* (cfr. art. 1718 ss.). En esa inteligencia, que permite una mayor protección de los intereses del tercero –*ratio legis* de la norma, como dije–, resultaría una especie de obligación-pretensión facultativa a favor del perjudicado, quien podrá optar entre exigir la prestación fungible al mandatario (evidentemente, no la de entregar la finca del mandante vendida, en lugar de arrendada, que era el

¹¹² *La representación*, cit., p. 223. Cfr. también LEÓN ALONSO, *op. loc. cit.*, p. 376.

¹¹³ Me refiero a PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, GORDILLO CAÑAS, ASÚA GONZÁLEZ, GARCÍA RUBIO, COLÁS ESCANDÓN, LEÓN ALONSO (obras citadas de todos ellos). Yo mismo, en trabajo lejano, sostuve esa misma postura al aludir a la interpretación no unívoca del artículo 1725. «entiendo –decía entonces– que esa responsabilidad del mandatario no quiere decir que quede él obligado al contenido negocial en lugar de su mandante (cosa que no podrá ocurrir en la mayor parte de los casos, ya que el mandatario gestiona asuntos ajenos: no podría quedar obligado el mandatario en el caso de que, excediéndose, venda en lugar de arrendar una finca del mandante), sino que deberá responder, dejando indemne al tercero, de los perjuicios que para éste se sigan de la ineficacia del contrato en lo que afecta al asunto gestionado del mandante, y por no quedar obligado este último» («Naturaleza y situación ...», *loc cit.*, p. 1124, nota 199). Sirva esta ocasión para matizar y rectificar en lo menester aquella posición.

encargo hecho; ni realizar el trabajo de su mandante arquitecto), o la de indemnización de los perjuicios ¹¹⁴.

Esa solución, en nuestro ordenamiento y vista la *ratio legis* apuntada, parece razonable; no hay, al menos, argumento decisivo para desestimarla. Creo, además, que es generalizable a otros supuestos (semejantes) de falta de legitimación.

3. CASOS CONCRETOS DE RESPONSABILIDAD DEL FALSO REPRESENTANTE

Vistos los criterios generales y la parca normativa aplicable a esta responsabilidad, procede examinar ahora los casos (y responsabilidad concreta) que se pueden presentar aprovechando situaciones ya conocidas y posiciones subjetivas sugeridas.

3.1 Falso representante que no conoce su falta de poder

En general, el representante conocerá el poder que le ha sido concedido, y su alcance (límites). Pero no sólo eso: *debe conocerlo*, porque no puede iniciar los tratos en un negocio representativo sin saber hasta dónde está legitimado. Para ello habrá de poner la diligencia necesaria —la que una conducta razonable aconsejaría para ese caso y sus circunstancias— para saber, sobre todo en situaciones límite, su contenido, si subsiste, o si ha sido modificado.

En esa inteligencia, aun cabe distinguir el supuesto en que el *f. p.* desconozca sin culpa suya que carece de poder suficiente, de aquel otro en que el desconocimiento sea por negligencia inexcusable. Pienso que en ambos casos ese falso representante debe ser responsable; en principio, incluso cuando ignora sin culpa suya la falta de poder —con una exquisita diligencia, siempre exigible al que se presenta como representante, podría haber salido de su ignorancia—, porque, en igualdad de condiciones (ignorante también el otro), es más justo que soporte el primero los perjuicios derivados de la frustración del contrato que el segundo: el origen de la ineficacia del contrato radica en el falso representante; en la creación y distribución de riesgos queda más comprometido; en el ámbito de la relación de causalidad es él más «causa» de los perjuicios que el cocontratante ¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431. También, aunque de forma matizada y para casos especiales, GARCÍA RUBIO, obra citada, pp. 203-204.

¹¹⁵ Idéntica posición de FLUME, razonando ante el § 179.2 BGB (obra citada, p. 940).

Sólo en un caso deberá decaer esa responsabilidad: cuando el cocontratante haya actuado de mala fe, conociendo él la carencia o insuficiencia del poder –hipótesis poco verosímil, ciertamente–, porque no podía confiar razonablemente en la representación ni en la heteroeficacia del negocio ¹¹⁶. Pienso que no se puede proteger a una persona que obra con mala fe, callando lo que conoce (la irregularidad de la relación iniciada) y jugando con la posibilidad de que el principal acabe ratificando el negocio. Si tal ocurre, sea; pero si ha asumido el *alea* de la no ratificación, y resulta ésta y la ineficacia y sus perjuicios, asúmalos él. La relación de causalidad le es ahora adversa. Es él más causante de los perjuicios que el falso representante. Hacer a éste responsable sería en este caso primar y premiar la mala fe.

3.2 El falso representante conoce la falta o insuficiencia del poder

Hay que subdistinguir, según que el *f. p.* lo haya comunicado o no al cocontratante.

3.2.1 NO COMUNICACIÓN DE LA FALTA DE PODER

La no comunicación por el *f. p.* al cocontratante (y desconocimiento por éste) de la falta de legitimación puede ocurrir por ocultación consciente del primero, o por negligencia; o, sencillamente, porque el cocontratante no lo pide (art. 1725 CC). Cabe también el desconocimiento de éste por negligencia suya: cuando una actuación prudente y razonable, en vista de cuanto diga o haga el *f. p.*, aconsejaría comprobar o pedir que se mostrara el poder.

Una primera perspectiva del problema llevaría a ver aquí un caso de error en el contrato (quizá dolo, si hay la ocultación maliciosa apuntada) en tanto que el cocontratante desconoce que el contrato propuesto como representativo (heteroeficacia) no va a serlo ni va a quedar él vinculado con el *dominus*. Mas, no obstante alguna valiosa opinión en ese sentido ¹¹⁷, no me parece asumible.

¹¹⁶ En Derecho italiano la responsabilidad del *f. p.* está subordinada a su culpa, a su conocimiento de que actúa sin poder (el no revelar al cocontratante que carece de él supone ya infracción, culpa *ex* artículos 1337 y 1338 CC, sobre *c. i. c.*); pero se requiere también que el segundo no incurra por su parte en culpa, que actúe de buena fe. Si el falso representante ha actuado ignorando que carece de poder, sin culpa suya, es predominante la opinión de exculparle de responsabilidad (salvo para CARRESI, que le impone el deber de conocer con certeza la legitimación que tiene: *op. loc. cit.*, pp. 210 y 211). Sobre esta cuestión, con amplia cita de doctrina y jurisprudencia, cfr. GALLI, *op. loc. cit.*, pp. 1801 ss.

¹¹⁷ DíEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 225.

Esa calificación sería correcta para un contrato perfecto, terminado, entre efectivas partes negociales (materiales). Se trataría de un contrato con vicio del consentimiento, anulable, con las consecuencias conocidas. Mas el del *f. p.* no es un contrato normal, sino de formación sucesiva, que sólo se completa con la ratificación; e ineficaz sin ratificación (situación aquí contemplada). Luego difícilmente cabe hablar de anulabilidad, que supone validez y eficacia provisional, que sólo desaparece con la acción de anulación, y sus efectos. Y eso no se da en este caso.

Frente a ese razonamiento, pienso que el que ahora considero es sencillamente el contrato *im*-perfecto, ineficaz y frustrado que ya conocemos; también en este caso, no obstante su proximidad al error contractual. Y en tal situación y calidad, sin haber obtenido el contrato eficacia alguna, el cocontratante perjudicado debe ser indemnizado y el *f. p.* el responsable de los perjuicios. En mi opinión, es responsable en todo caso. Y si el falso representante ha actuado consciente de la falta de poder, que oculta, esa mala fe merece una agravación de su responsabilidad (cfr. art. 39.2 C. Oblig. suizo); en nuestro ordenamiento podría traducirse en que deba responder no sólo del interés negativo (que en ningún sitio está así limitado), sino de todos los perjuicios que haya podido sufrir el cocontratante (cfr. art. 1107.2.º CC, aplicable por analogía). En el otro caso (negligencia de uno u otro), operará el mecanismo normal de responsabilidad específica del *falsus procurator* que conocemos y concretaré más adelante.

3.2.2 COMUNICACIÓN AL COCONTRATANTE (CONOCIMIENTO POR ÉSTE) DE LA FALTA DE PODER

El conocimiento por el cocontratante de la ausencia de poder (suficiente) sitúa a éste en una posición muy distinta de la anterior: sabe en qué negocio se ha embarcado, la aleatoriedad de su buen fin y eficacia, y puede prever las consecuencias. Por ello pudo decir García Goyena que «si el tercero fue sabedor del exceso, no tiene motivo alguno de agravio y queja aunque el mandante no ratifique lo hecho». En sentido semejante, la Sentencia de 29 de abril de 1969¹¹⁸. Mas las cosas no son siempre tan sencillas. En este punto hay que

¹¹⁸ «Para que el mandatario –dice esa sentencia– resulte responsable cuando a ello no se haya obligado expresamente, han de concurrir los tres requisitos siguientes: *a)* que haya traspasado los límites del mandato, lo que equivale a obrar sin él; *b)* que el mandante no haya ratificado expresa o tácitamente los actos del mandatario, pues la ratificación suple la falta de mandato previo; *c)* que el mandatario no haya dado a los terceros conocimiento suficiente de sus poderes, pues, en otro caso, contrataron aquéllos conociendo el defecto de representación y, por consiguiente, a su cuenta y riesgo.»

considerar la actitud diligente o negligente del cocontratante: negligencia normal (cuando lo razonable aconsejaba, en ese caso y circunstancias, comprobar o exigir la exhibición del poder) o inexcusable (lindante con el dolo o mala fe, desconocimiento consciente).

He aquí nuevas distinciones:

a) Si el falso representante ha garantizado al cocontratante (se ha comprometido a) la ratificación del *dominus*, y ésta no se produce, habrá lugar a un incumplimiento contractual de esa «promesa de hecho ajeno» (la francesa *promesse de porte-fort*)¹¹⁹, contrato con prestación de resultado (aquí, la ratificación), que es lo que ha dejado de cumplirse. Es, pues, un supuesto distinto del que ahora estudio, y dará lugar a la indemnización de perjuicios por dicho incumplimiento contractual (art. 1101 ss. CC).

b) Cuando el *falsus procurator* no da garantía formal, sino que habla de mera posibilidad o probabilidad de ratificación –lo más razonable es que algo diga, que haga alguna referencia a ella al decir a la contraparte que carece de poder–, estamos ante el caso normal o más frecuente. En mi opinión, si la ratificación no se produce, el falso representante debe responder –pues él ha creado el riesgo y en su actuación no legitimada está la irregularidad de origen– de los perjuicios derivados de la confianza defraudada. Mas ello sólo si el cocontratante ha actuado de buena fe (que incluye la razonabilidad de la confianza y de las expectativas defraudadas, según criterios objetivos); pero no, en cambio, si ha actuado de mala fe (a la que es asimilable la negligencia inexcusable): si el cocontratante sabía que no habría ratificación, o si su conocimiento de la situación y circunstancias no permitían albergar confianza ni expectativas razonables. Esta exención de responsabilidad es –me parece– la respuesta inevitable a la mala fe del perjudicado.

c) Idéntica solución, en función de la buena o mala fe (con las distinciones y asimilaciones vistas), para el caso de que en las relaciones representante-cocontratante no se haya mencionado la posibilidad o probabilidad de la ratificación, conocida la falta de poder (y aun sin conocer, creo, dada la carga de informar que impone el art. 1725 al *f. p.*): sí habrá lugar a responsabilidad e indemnización con la buena fe del cocontratante (confianza razonable); no en caso contrario (mala fe, negligencia inexcusable).

d) Si el *f. p.* ha advertido a la otra parte, al comunicarle la falta de poder, de la dificultad o improbabilidad de la ratificación, y ésta, sabiéndolo, asume el riesgo y prosigue la relación contractual

¹¹⁹ Cfr., por todos, en la doctrina española (más abundante en la francesa e italiana), GULLÓN BALLESTEROS, «La promesa del hecho de tercero», *ADC*, 1964, pp. 3 ss (18).

sin haber tomado ninguna medida para clarificar la situación, el contrato deviene inseguro en su eficacia y resultado. Creo que en ningún caso (sin distinción de buena o mala fe) procede la indemnización: los perjuicios verosímiles los ha asumido voluntariamente el cocontratante, que pudo haberse negado a continuar los tratos en cuanto el representante le comunicó la falta de poder y la dificultad de la ratificación. Sólo cabría pensar en responsabilidad en el caso de que tal comunicación fuese tardía, no inicial: procederá la indemnización de los perjuicios anteriores a tal comunicación (máxime si hubo mala fe o negligencia en el falso representante y buena fe en la otra parte).

4. PACTOS DE MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

¿Cabría una modificación pactada de esta responsabilidad en cuanto a casos en que proceda o no, y en cuanto a su contenido? Parece bastante improbable que se presente en la realidad pacto de ese tipo; pero no podemos excluirlo como hipótesis de estudio.

Hay que partir, en primer lugar, de que un pacto de modificación de esta responsabilidad debe ser autónomo, independiente (y anterior) del contrato del *f. p.*, ya que éste no llega a perfeccionarse ni a adquirir eficacia; por tanto, tampoco un pacto incluido en él.

Como tal pacto autónomo –entre el *f. p.* y «la otra parte contratante», obviamente– habrá de regirse por las reglas generales (ley y jurisprudencia) relativas a su admisibilidad –en principio, sí, con los límites legales (arts. 1255 CC, y 1102, que comprenderá la culpa grave)– y al alcance posible de las modificaciones convencionales de la responsabilidad (de exoneración o de limitación de la misma), a las que me remito ¹²⁰.

VII. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

En orden a los efectos de la responsabilidad del *falsus procurator*, pienso –frente a la opinión mayoritaria en la doctrina española (e italiana), que limita y generaliza esa responsabilidad a la indemnización del interés negativo– que no debe darse una respuesta unitaria como si se tratase de un hipotético *Tatbestand* único e idéntico, sino que procede distinguir (como acabamos de ver)

¹²⁰ En el mismo sentido favorable a la modificación convencional de la responsabilidad (referida a la precontractual), GARCÍA RUBIO, obra citada, pp. 259 y 261. En Derecho alemán, cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 33.

varios según situaciones; las consecuencias deben ser también, y cualitativamente. Y así, junto a un caso-tipo (general) en que el falso representante comunica directa y lealmente a la otra parte que carece de poder, o hasta dónde llega el que tiene, cabría pensar en otros: *a*) aquel en que hay extralimitación y el representante, consciente de ello, no da al contrario «conocimiento suficiente de sus poderes» (art. 1725); *b*) el caso (agravado) en que oculta o engaña sobre su legitimación; y *c*) aquel en que el *f. p.* obra correctamente, y es la otra parte la que actúa de mala fe. Esta distinción –que podemos encontrar también en otros ordenamientos (§ 179 BGB, art. 39 C.Oblig. suizo, *Convention on Agency, Principios DEC*)– no afecta sólo a la existencia o no de responsabilidad, sino a sus efectos (alcance o contenido).

A su vez, varias pueden ser las consecuencias derivadas de la responsabilidad del falso representante. Hay, en principio, dos primarias: el cumplimiento *in natura* de la prestación objeto del contrato representativo y la indemnización de los perjuicios sufridos. Junto a ellas, la posibilidad de otras acciones a favor del perjudicado (enriquecimiento sin causa, cláusula penal) y su compatibilidad con aquéllas y la cuestión de la solidaridad entre obligados.

1. CUMPLIMIENTO *IN NATURA* DE LA OBLIGACIÓN

Esta es la solución que con carácter general establece el § 179.1 del BGB, como alternativa a la indemnización, a elección del cocontratante, mientras el representante no acredite su poder de representación (los otros apartados del mismo párrafo contemplan supuestos diferentes, y sólo la indemnización)¹²¹. Aun no previsto aquel mismo efecto en el Código de Obligaciones suizo (cfr. su art. 39), un autor prestigioso como Von Thur lo cree posible para el caso de culpa del representante (art. 39.2, agravación de la responsabilidad)¹²². No ocurre lo mismo en Derecho italiano, donde doctrina y jurisprudencia se inclinan por la sola indemnización¹²³.

Tampoco es ésta, en principio, la solución que mejor encaja en el ordenamiento español, donde la responsabilidad del *falsus procurator* consiste, como regla general, en la indemnización de los

¹²¹ Cfr. FLUME, *op. cit.*, pp. 933 ss.; *Staudinger Kommentar*, cit., ad § 179, núm. 12 ss.; y *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 30 ss.

¹²² *Tratado de Obligaciones* (trad. esp.), Madrid, 1934, p. 261. Amplia referencia para el Derecho suizo en PIOTET, obra citada, pp. 84 y 95.

¹²³ Así, por ejemplo, BESONE y GALLI, en la bibliografía especializada; MESSINEO entre los generalistas. Cfr. S Cass. Civ. 2919, de 10 de octubre de 1962 (*Mass. Giur. it.*, col. 984), y su razonamiento.

perjuicios sufridos por el cocontratante por la no ratificación. Sin embargo, en vista del artículo 1725 CC, única norma que de forma directa habla de las consecuencias de la extralimitación del mandato (o del poder), y visto también el alcance e interpretación sugerida de su expresión «responsable *personalmente* a la parte con quien contrata» –vinculación contractual del representante con esta parte si la prestación debida no es infungible y personal del representado (cfr. apart. VI.2.2)–, pienso que no habría inconveniente en que con este carácter de excepcional (sólo para los contratos de prestación fungible; también en Derecho alemán) pueda quedar directamente vinculado el mandatario (representante) que se extralimite sin haber dado cuenta suficiente de sus poderes, como opción facultativa junto a la indemnización, a favor del cocontratante, como tengo dicho.

No es ése el parecer de la doctrina española prevalente, tanto en lo que se refiere al artículo 1725 (recuérdese lo dicho en su momento) como de la responsabilidad del falso representante en general, para lo que sólo prevé la indemnización del llamado *interés negativo*¹²⁴.

Ese cumplimiento *in natura* no supondría un reconocimiento genérico de la calidad de parte contractual *stricto sensu* del falso representante –no lo es, porque el contrato pretendía vincular al representado; el cumplimiento *in natura* tiene origen legal, no voluntario–, sino una forma subsidiaria de cumplimiento de la obligación de indemnizar, que es la prestación debida por el responsable, que la ley (en la interpretación apuntada) le impone en interés del perjudicado, a quien protege. De ahí que quede a elección de éste (pretensión facultativa a su favor) y no a voluntad del *falsus procurator*; quien no tiene derecho de exigir al cocontratante el cumplimiento (idéntica opción en el § 179.1 BGB): sólo –insisto– si a su interés conviene y si él opta por esa forma alternativa de satisfacción de su crédito, que el ordenamiento debe propiciar («principio general de protección al perjudicado», de que habla la jurisprudencia: cfr. S de 12 de septiembre de 2005). Todo ello sólo si hay crédito de indemnización: si no ha habido perjuicios no hay responsabilidad del *f. p.*, ni crédito ni pretensión, y el cocontratante no podrá pedir el cumplimiento *in natura*.

Por tratarse, en el caso mencionado, de una pretensión facultativa a favor del cocontratante, se le aplicará el régimen de ésta (en Derecho alemán se aplican los §§ 263 ss. BGB por analogía). Ejercitada la opción, quedará vinculado por ella esa parte; mas si era

¹²⁴ Véase nota 113. Parece inclinarse a favor de la posibilidad del cumplimiento *in natura* CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431.

imposible *ab initio* el cumplimiento, creo que no pierde el perjudicado su derecho a indemnización (prestación debida). Esta parte tiene los mismos derechos que hubiera podido reclamar al representado; y deberá la contraprestación correspondiente en caso de que haya obligación bilateral. El representante tendrá la misma posición y derechos que corresponderían al representado de haber sido eficaz el negocio (por ejemplo, las acciones derivadas de incumplimiento de adverso). Verosímilmente, no operarán a favor de tercero las garantías voluntarias que acompañaran al contrato, ya que la pretensión de cumplimiento lo es *ex lege* –así, para el caso del § 179.1 BGB (Schramm)–¹²⁵.

La solución que propongo (cumplimiento *in natura*), para el caso y a partir del artículo 1725 CC, plantea algunos interrogantes: a) ¿sería aplicable al supuesto de ausencia absoluta de poder, no sólo para la extralimitación? La respuesta debe ser positiva, dada la equiparación general de ausencia y extralimitación y la aplicación de estas normas del mandato a la representación. b) ¿Sería compatible el cumplimiento *in natura* con la indemnización de perjuicios? Creo también que sí, ya que ésa es la regla general en materia de responsabilidad contractual (de ese tipo es, ciertamente, este caso, por imposición del art. 1725). Tal puede ocurrir si hubo actuación dolosa del representante y buena fe del tercero (cfr. art. 1107 CC).

2. INDEMNIZACIÓN

2.1 En general: de qué indemnización se trata

Hay cierta unanimidad en la doctrina española en que la responsabilidad del falso representante alcanza al llamado (desde Ihering) «interés negativo» o interés de la confianza¹²⁶, y se funda en la tutela de la confianza creada y defraudada y no en lo que cabía esperar (el cumplimiento) del contrato ineficaz. También en la italiana¹²⁷:

¹²⁵ No creo que sea aplicable a nuestro Derecho cuanto dice SCHILKEN para el alemán (que presenta como opinión generalizada): que dado que el cocontratante, al elegir el cumplimiento *in natura*, no debe obtener más de lo que hubiera obtenido frente al representado, se agota su pretensión frente al representante si el representado no tiene patrimonio o deviene insolvente –lo que se deduce, dice, de la *ratio legis* del § 179: proporcionar al cocontratante la misma posición jurídica que hubiera tenido contra el representado; el derecho de cumplimiento y el interés de incumplimiento deben basarse en la «correspondencia de la confianza»– (*op. loc cit.*, núm. 15; en el mismo sentido, FLUME, *op. cit.*, p. 939; y SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 34).

¹²⁶ Me refiero a PÉREZ-ALGUER, Díez-PICAZO, LACRUZ-RIVERO, GORDILLO, ASÚA, G. RUBIO, SERNA MEROÑO, COLÁS-ESCAÑÓN y demás, obras y lugares citados.

¹²⁷ En cuanto a la doctrina italiana y la jurisprudencia, cfr. las citadas en la nota 54. En sentido contrario, Ugo NATOLI, voz «Rappresentanza», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII (197), p. 484 (con otras referencias).

con distinciones, en la alemana; no en la suiza, por su artículo 39.1 C.Oblig. Esta indemnización pretende situar al cocontratante frustrado en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no hubiera emprendido los contactos negociales e ineficazmente contratado, si no hubiera confiado en la eficacia del contrato (frustrado); es decir, el resarcimiento llega al límite representado por el *id quod interest contractum in initum non fuisse* de los clásicos. (Más adelante concretaré hasta dónde alcanza ese *interés negativo*.)

Me parece razonable, en principio, esa solución. Aunque en nuestro ordenamiento positivo no está prevista directamente la indemnización del interés negativo, como tampoco está regulada la *c. i. c.* para la que se predica (y por remisión alcanza a la responsabilidad del *falsus procurator*), la ha aceptado nuestra mejor doctrina y cierta jurisprudencia, y me parece perfectamente admisible –en principio, he dicho, para nuestro caso–. Hoy hay relativa unanimidad doctrinal acerca de que para ciertos casos de frustración del contrato –algunas nulidades, resolución *ex art.* 1124 CC¹²⁸, más los típicos de la *c. i. c.*– la reparación de los daños de la parte perjudicada debe limitarse a los comprendidos en el «interés contractual negativo», categoría jurídica hoy bien asentada: conclusión correctamente argumentada, amén de razonable y no contraria a Derecho, que asumo de buen grado en ese plano general.

Lo que no me convence tanto es el traer esa solución (indemnización del interés negativo) de forma directa y unitaria, como respuesta única y uniforme, al ámbito de la responsabilidad del *falsus procurator*. En mi opinión –lo tengo dicho– esta responsabilidad no siempre coincide con ni se acomoda cumplidamente a los esquemas típicos de la *c. i. c.*, que es de donde se predica aquella indemnización. Por otro lado, aun aceptando la categoría y el régimen del interés negativo y los casos en que lo aplica la doctrina española, no podemos ignorar: *a*) que en Derecho español, además de ser discutible si la del *falsus procurator* es efectivamente un supuesto de *c. i. c.*, no está regulada la responsabilidad precontractual ni hay ninguna norma que imponga que la indemnización en nuestro caso deba referirse siempre y sólo al interés negativo –del que es erróneo pensar (como algunos creen) que es siempre inferior al interés positivo–¹²⁹; *b*) que tampoco hay una regulación general de la responsabilidad del *f. p.*, y sí hay una norma especial para un caso concreto (art. 1725) que prevé una forma particular y distinta de responsabilidad de la del interés negativo –es decir, este

¹²⁸ En ese sentido, DELGADO ECHEVERRÍA y JORDANO FRAGA; no comparten esa opinión DÍEZ-PICAZO y otros.

¹²⁹ Cfr. PIOTET, obra citada, p. 84.

último no sería la única solución viable en nuestro ordenamiento—; *c*) que es dudoso que la responsabilidad del *f. p.* deba limitarse siempre al interés negativo (lo que el contratante se habría ahorrado en caso de no haber contratado con aquél): piénsese en el supuesto de quien contrata con un representante sin poder y, creyendo que ha comprado una finca, la vende a un tercero, venta ésta que no podrá cumplir por la ineficacia del primer contrato si no ratificado; la indemnización al cocontratante de su interés negativo será insuficiente, porque él tendrá que indemnizar, a su vez, por su propio incumplimiento contractual¹³⁰; *d*) que hay una amplia tipología de actuación del *f. p.*, la cual, conjugada con las varias actitudes subjetivas apuntadas, exige que no deba ser idéntica siempre la responsabilidad en un sistema jurídico que valora de forma importante las componentes subjetivas a la hora de determinar las consecuencias y la indemnización en el ámbito negocial —en el mismo sentido, en otros ordenamientos¹³¹.

No se olvide, en fin, que hay, en atención a las circunstancias, supuestos en que queda excluida la responsabilidad de quien ha actuado sin poder: tal, por ejemplo, si el cocontratante conoce la falta de poder y actúa de mala fe, o si conoce, además de la falta de poder, la improbabilidad de la ratificación y se arriesga. Luego —en conclusión— la solución unitaria (sólo y siempre indemnización del interés negativo) es inviable y debe ceder ante otras alternativas jurídicas.

2.2 Casos en que procede o no la indemnización

De acuerdo con lo que acabo de razonar y cuanto dije en el apartado VI.3 («casos concretos de responsabilidad...»), procede concretar aquí los supuestos en que el *f. p.* queda excluido de responsabilidad en su actuación representativa, y aquellos en que sí ha lugar; y, dentro de éstos, los que podríamos calificar como de responsabilidad básica, estándar, y los de responsabilidad agravada.

2.2.1 EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL FALSO REPRESENTANTE

a) En el supuesto en que él no conoce su falta de legitimación y actúa de mala fe el cocontratante (conoce la carencia o insufi-

¹³⁰ Ejemplo que ponía HUBER al explicar el artículo 39.2 C.Obl. suizo ante el Consejo Nacional (cfr. PIOTET, *op. cit.*, p. 85).

¹³¹ Los ordenamientos extranjeros que estoy manejando (BGB, C.Oblig. suizo, CC ital., Principios del Derecho Europeo de Contratos) valoran todos el conocimiento y la confianza sin culpa.

ciencia del poder y, sin advertirlo, continúa la relación comercial con el *f. p.* hasta dejar el acuerdo pendiente de ratificación). Esa mala fe del cocontratante hace impropetible su situación si el negocio emprendido con tal conocimiento se frustra: él asumió voluntariamente el riesgo; no hay defraudación de una confianza que razonablemente nunca hubo ocasión de tener.

b) Parecido al anterior es el caso en que el cocontratante conoce –o debía conocer (ignorancia inexcusable)– la ausencia de poder, que le comunica el representante sin darle garantía alguna de que haya ratificación, unida a la mala fe del primero, sea porque sabe que no llegará ésta o porque su conocimiento de la situación y circunstancias no le permiten albergar confianza ni expectativas razonables. En Derecho alemán, en que el § 179.3 BGB excluye la responsabilidad del *f. p.* si la otra parte conocía la falta de poder, se asimila a esta situación aquella en que el cocontratante no la ha conocido por negligencia inexcusable¹³². Excluyen también la responsabilidad del *f. p.*, en caso de conocimiento de la carencia de poder, el suizo C.Oblig. (art. 39.1), la *Convention on Agency* (art. 16.2) y los *Principios D. E. C.* (art. 3204.2) (cfr. nota 20). La exención de responsabilidad se justifica aquí en que no hay defraudación de la confianza, y la mala fe hace impropetible el interés del tercero.

c) El cocontratante conoce (o debía conocer) la gran improbabilidad de la ratificación, de la que le ha advertido el *f. p.* o él puede deducir de hechos y su conocimiento de las circunstancias, y aun así asume el riesgo y continúa las negociaciones: la frustración del negocio por la efectiva no ratificación no es el resultado de una confianza defraudada, porque no la pudo haber razonablemente.

2.2.2 RESPONSABILIDAD BÁSICA O GENÉRICA DEL *F. P.*

Me refiero, con esta expresión, a los casos y responsabilidad estándar, de tipo medio (la no agravada). Es el supuesto general (hay responsabilidad, en principio, salvo los casos de exención, o de agravación), y ha lugar a ella en consideración a la actuación irregular del *f. p.*, sin exigencia de culpa específica.

¹³² SCHRAMM (*MüKo*, ad § 179, núm. 40) dice que no existe obligación de investigar e informarse por parte del tercero. Éste no suele tener la posibilidad de conocer la falta de poder del representante. Si éste afirma, explícita o implícitamente, que dispone del poder, la otra parte tiene en principio derecho a creérselo. Sólo si por las circunstancias del caso hay indicios suficientes para fundar la duda, el tercero tiene la obligación de confirmarla. Si no lo hace, no actúa con la diligencia necesaria y debe asumir las consecuencias. El alcance del deber de comprobación se rige por las circunstancias del caso.

a) *Falso representante que no conoce su falta de poder.* Debe responder ante la otra parte contratante cualquiera que sea la causa de tal desconocimiento, incluso cuando ignora sin su culpa la falta del poder: me parece más justo que soporte él los perjuicios de la frustración del contrato que el que sea el cocontratante quien peche con ellos (cfr. VI.3.1). Habría que excepcionar sólo el supuesto (difícil en la práctica) en que el desconocimiento o conocimiento deficiente (de los límites del poder, por ejemplo) se deba sólo a negligencia inexcusable del representado, en cuyo caso el responsable sería éste último (*c. i. c.*) y no aquél.

b) El falso representante no comunica su falta de poder al cocontratante, sea por olvido o mera negligencia (sin mala fe de aquél), o sencillamente porque el segundo no lo pide pudiendo hacerlo (art. 1725). En ambos casos debe responder el primero de los perjuicios resultantes. Dejo a salvo el supuesto de mala fe del *f. p.*, porque creo que debe ser objeto de responsabilidad agravada.

c) Supuesto de conocimiento por el cocontratante de la falta de poder del representante, quien lo hace saber así a aquél con la sola alusión a la posibilidad o mera probabilidad de ratificación –lo que motiva una confianza en su verosimilitud–, sin darle garantía alguna de que llegue ésta; y el de conocimiento también de la falta de legitimación sin que se haya hablado, en las relaciones *f. p.*-cocontratante, de posibilidad o probabilidad de ratificación, con buena fe (confianza razonable) por parte del segundo; mas no si hay mala fe de este último. No se confunda este caso con los anteriores de 2.2.1.b) y c).

d) Creo que también cabe incluir en este grupo el caso en que el *f. p.* comunica tardíamente (no desde el principio de su relación negocial) a la otra parte la seria dificultad o gran improbabilidad de ratificación, y, ello no obstante, prosigue esta parte la negociación. En este supuesto la responsabilidad y sus consecuencias comprenderían sólo los perjuicios anteriores a esa comunicación [cfr. apart. VI.3.2.2.d)].

2.2.3 RESPONSABILIDAD AGRAVADA

Ya la he aludido. El caso más claro a este respecto –no sé si deba ser el único; quizá no– es aquél en que el representante, conociendo su falta de poder, no la comunica consciente y maliciosamente a la otra parte, ante quien crea una confianza y unas expectativas razonables de un contrato con el principal que luego se verán frustradas, a falta de ratificación. Es una ocultación consciente, verdadero engaño, y la mala fe lo que justifica en este ámbi-

to la agravación de la responsabilidad¹³³. Una previsión semejante hay en el artículo 39.2 C.Oblig. suizo [«en caso de culpa del representante (culpa relacionada con el conocimiento o no de la otra parte sobre la ausencia de poder), el juez, si lo exige la equidad, puede condenarlo a mayor indemnización»].

3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN

Limito ahora mi atención sólo a la indemnización, dejando aparte la posibilidad de la reparación *in natura* (prestación subsidiaria) en el caso y con la limitación que dije. En orden a esa indemnización *stricto sensu* cabe, a su vez, distinguir:

A) En los supuestos que he llamado de *responsabilidad básica o estándar* (los cuatro del apartado 2.2.2 recién visto) dicha reparación alcanzará al *interés negativo* o interés de la confianza, porque en todos ellos ha quedado defraudada ésta y las legítimas y razonables expectativas que pudo concebir el cocontratante; y no hay, por otro lado, ningún elemento de juicio adicional (mala fe, negligencia inexcusable) que justifique que su responsabilidad deba ir más allá. No tengo que reiterar razones, ni su alcance general. Yendo a lo concreto, ese *interés negativo* –colocar al cocontratante en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no hubiera emprendido los contactos negociales que han desembocado en el contrato ineficaz– comprenderá no sólo las consecuencias dañosas derivadas de la negociación (daño emergente) sino también las ganancias ciertas que haya dejado de obtener (lucro cesante) –más discutible, menos justificado esto para algunos–¹³⁴.

Los perjuicios indemnizables, en esa inteligencia, son los gastos que ha irrogado el contrato (pericias, asesoramientos, viajes requeridos, documentación preparada, escritura), los hechos en previsión de la prestación propia que cumplir y del cumplimiento (previsible) de la otra parte, los gastos judiciales justificados contra representante o representado (por reclamación de cumplimiento, o semejante), el tiempo y la actividad personal o profesional dilapidados inútilmente, las ocasiones perdidas de celebrar otros contratos en lugar del frustrado (y consiguientes pérdidas económicas)¹³⁵,

¹³³ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431 (con cita de FLUME).

¹³⁴ Sobre la inclusión del lucro cesante en la indemnización del interés negativo, a lo que es poco dada cierta doctrina (sobre todo la italiana), cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, p. 280.

¹³⁵ En cuanto a esas oportunidades perdidas, parece razonable que se limiten a las reales de celebrar con otros el mismo contrato frustrado, no cuando la ocasión perdida sea presunta (sobre la cuestión, BARBERO, *Sistema del Diritto privato*, Bolonia, 1956, pp. 446 ss.).

etcétera. En todo caso, tanto los gastos como las oportunidades perdidas deberán ser efectivas o razonables, y probadas. Por la misma razón –indemnización de los perjuicios–, y para evitar un enriquecimiento injusto, de los daños acreditados habrá que descontar, imputar los beneficios producidos a favor del cocontratante (daños evitados, efectos ventajosos derivados de la ineficacia del contrato): es la *compensatio lucri cum damno* de los autores del Derecho común, cuya procedencia hoy nadie discute.

En la doctrina española son muy pocos los autores que admiten que la indemnización pueda llegar al interés contractual positivo (de cumplimiento): así, sin distinción de supuestos, Carrasco Perera y García Rubio¹³⁶. Aun sin emplear el término *interés negativo*, se ha referido a él la S de 2 de octubre de 2001 –única de que tengo noticia en nuestra jurisprudencia para este caso–¹³⁷.

B) Más problemática es la determinación de la que he llamado *responsabilidad agravada* (supuesto del anterior apart. 2.2.3). En algunos ordenamientos la alternativa al interés negativo como regla general es, para los casos agravados, el interés positivo o de cumplimiento (§ 179.1 BGB); en otros se habla sólo de «mayor indemnización» [que el interés negativo] (art. 39.2 C.Oblig. suizo), que la jurisprudencia suiza ha concretado en algún caso en el interés positivo en la ejecución del contrato¹³⁸. En nuestro Derecho, en defecto de norma directa, para justificar legalmente la agravación de la responsabilidad –reparación de perjuicios en relación de causalidad con una actitud que excede de la *c. i. c.* y de la mera inexistencia de poder, y caracterizada por la ocultación y el engaño– hay que pensar en primer lugar en el artículo 1106 CC (interés contractual positivo), aplicable por analogía; pero también, por la apelación hecha a la mala fe, en el 1107.2.º CC. Creo, pues, que la responsabilidad agravada debe ser (solución más razonable) la del artículo 1106 en cuanto se refiere a la concreción de los daños indemnizables (daño emergente y lucro cesante), completada por lo dispuesto en el 1107.2.º en

En el cálculo de las ocasiones perdidas entrará en juego el criterio subjetivo, que tomará en consideración la habilidad para los negocios del perjudicado (véase ahora DE MARTINI, «Invalidità del contratto del *f. p.* e interesse contrattuale negativo», *Giur. Compl. Cass. civ.* 1949, pp. 295 ss.).

¹³⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431; y GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 204.

¹³⁷ Dice esa sentencia indemnizables «los gastos estrictamente hechos por el demandante en el solar litigioso [el objeto del contrato ineficaz, que por este motivo ordena restituir al representado] entre la fecha del contrato debatido y la fecha en que fue requerido para que suspendiera las obras [...], momento a partir de cual era consciente, o tenía necesariamente que haberlo sido, de quedar en entredicho la titularidad fundada sobre base tan endeble como era el contrato verbal a través de intermediario con quien decía ser representante».

¹³⁸ Cfr. Arrêt Trib. Féd. 106/131 (en *Journal des Tribunaux*, 1981, p. 259), que dijo que deben ser tomadas en consideración todas las circunstancias relevantes, y la concreción del daño y su cuantía.

tanto alude al límite causal de los daños objeto de indemnización (con una interpretación restrictiva, dado que su punto de vista es *ex post facto*, una vez incumplida dolosamente la obligación, para observar retrospectivamente qué daños están vinculados al incumplimiento, cosa que aquí no se da)¹³⁹.

4. CUANTIFICACIÓN Y RECLAMACIÓN DEL DAÑO

La reclamación de los daños derivados de la ineficacia de este contrato sigue las reglas generales sobre la indemnización de perjuicios, a las que es obligado hacer remisión, sin más. Hay, sin embargo, alguna particularidad que me permito destacar.

4.1 Cálculo de los daños

Habida cuenta de la pobreza de referencias concretas en Derecho español, hay que discurrir de acuerdo con los parámetros normativos y jurisprudenciales generales, y subrayar la dificultad de la determinación de los daños que aquí afectan (interés negativo), sobre todo en lo que concierne a las oportunidades perdidas por el cocontratante (la verosimilitud de otro contrato celebrado en lugar del frustrado, y su real contenido y beneficios obtenibles), y su prueba. El interés es aquí de valoración fungible, y deberá comprender el llamado «coste de incumplimiento» (el que gravará al cocontratante por incumplir él a su vez con tercero: recuérdese el ejemplo de Huber, en el anterior apartado 2.1, y en nota 130).

En orden al cálculo de los daños indemnizables, cierta doctrina y jurisprudencia alemana todavía invocan la llamada *teoría de la diferencia* (de F. Mommsen), en particular para contratos generadores de obligaciones recíprocas¹⁴⁰. Mas esa posición, que conduciría a un *cálculo abstracto de daños* (el equivalente de la contraprestación que se debía haber alcanzado del contrato frustrado), con visión demasiado general y ajena a las singularidades del caso, ha sido sustituida por una *concepción concreta del daño* (Walsmann: «perjuicio específico sufrido por la víctima en su persona o en su patrimonio en forma de pérdida o menoscabo de determinados bienes») y por la *teoría de la subrogación* (a cambio de la contraprestación cabe pedir y obtener el valor de la prestación)¹⁴¹.

¹³⁹ Cfr. R. DE ANGEL YÁGÜEZ, coment. artículo 1107 CC, en *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, pp. 60-61.

¹⁴⁰ Cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 36.

¹⁴¹ Cfr. LACRUZ-DELGADO, *Elementos*, cit., t. II-1.º, ed. 1985, p. 513; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 309 ss.; y MEDICUS, *Id quod interest. Studiem zum Römischen Recht des Schadenersatz*, 1962, pp. 119 ss.

No se desestime, en todo caso, la advertencia de Medicus de que el *id quod interest* no es tanto un principio formal, sino valorativo, y que su aplicación al caso concreto es una decisión creadora más que una subsunción lógica.

Aunque nuestra jurisprudencia se ha atenido incluso recientemente –con sentencias desde la de 6 de octubre de 1962 a las de 28 de abril de 1992 y 2 de abril de 1997 (para responsabilidad extracontractual)– a la teoría de la diferencia, hoy parece preferible optar por un cálculo concreto del daño que tome en consideración las circunstancias particulares del caso, de fuerte influencia casi siempre (pero sobre todo en lo que concierne a las oportunidades perdidas), y dada la complejidad de los perjuicios en este caso, en buena medida dependientes de la confianza creada en la realidad por un contrato, luego ineficaz.

Huelga casi decir que los daños resarcibles han de ser directos y efectivos, y quedar cumplidamente probados (criterio general).

4.2 Relación de causalidad

Que debe haber una relación de causalidad –como otros requisitos generales propios de la acción de indemnización– entre la actuación dañosa y los perjuicios habidos es obvio. Pero la particularidad de nuestro caso radica en que, por tratarse de unos daños derivados de defraudación de la confianza (típico de la responsabilidad del *f. p.*), la valoración de la causalidad debe tener en cuenta, junto al criterio general (relación acción-daños), la relación entre la confianza defraudada y el daño habido: éste ha de ser el originado sólo por la situación de confianza creada, y directamente vinculado a ella. Por esto no hay indemnización cuando el cocontratante conocía (o debió conocer) la inexistencia de legitimación del *f. p.* o la improbabilidad de la ratificación. Así, también, en atención a la no causalidad de una razonable confianza, no deberán ser indemnizados los gastos llamados especulativos ni los que constituyen un riesgo implícito de todo negocio¹⁴².

Tiene de nuevo importancia la relación de causalidad no sólo en el aspecto dicho (relación entre acción y daños), sino en la cuantificación del daño indemnizable, de forma que todo el perjuicio reclamado sea consecuencia cierta de la actuación del *f. p.* Esta mención, de valor general, debe ser destacada aquí para los casos en que por mala fe del representante, deba aplicarse el artículo 1107 CC (en cuanto se refiere, sustancialmente, según doctrina y

¹⁴² Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, p. 279.

jurisprudencia, al límite causal de los perjuicios objeto de indemnización, como dije)¹⁴³.

4.3 ¿Limitación máxima de la responsabilidad?

El § 179.2 BGB dice que el interés negativo no podrá superar el importe del interés que el cocontratante tenga en la validez del contrato (interés positivo). No establecen límite alguno, en cambio, el CC ital. ni el suizo de Obligaciones. La doctrina suiza se ha planteado la cuestión, y está dividida en cuanto a si habría lugar a ese mismo límite¹⁴⁴. ¿Qué decir respecto del ordenamiento español?

Creo que en éste no procede esa limitación, no sólo por no establecerla legalmente —en Alemania sólo se admite en los casos expresos: los de los § 122, 179 y 307 BGB—, sino porque parece ilógico, poco razonable si ha de quedar indemne el perjudicado¹⁴⁵. Me remito a cuanto tengo dicho sobre los casos de agravación y contenido de la indemnización.

5. COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN CON OTRAS

Ya he aludido a la compatibilidad de la responsabilidad del *f. p.* con ciertas acciones: en concreto, con las derivadas de la invalidez del contrato por causas ajenas a la falta de poder. Me refiero ahora a la compatibilidad de la acción de indemnización (y su subrogada la de cumplimiento *in natura*, en su caso) con otras de que pueda disponer el perjudicado.

A) *Con la acción de enriquecimiento sin causa*

La contempla, y declara expresamente su compatibilidad, el artículo 39 C. Oblig. suizo, y de ella se ha ocupado su jurisprudencia¹⁴⁶. La considera también, para el Derecho alemán, Flume, para

¹⁴³ Por esa razón (causalidad eficiente), y también porque el daño indemnizable se relaciona con la consecuencia directa del comportamiento del *f. p.*, en el caso de que éste haga saber tardíamente a la otra parte su falta de legitimación y la gran dificultad o alta improbabilidad de ratificación, el daño resarcible es parcial: el producido antes de ese momento y no el posterior a tal comunicación.

¹⁴⁴ Cfr. PIOTET, obra citada, pp. 88 ss.

¹⁴⁵ En sentido contrario, COLÁS-ESCANDÓN, *op. cit.*, p. 552. En cambio, GARCÍA RUBIO hace distinciones varias, según que haya o no culpa o negligencia en el *f. p.* (obra citada, pp. 245 ss.).

¹⁴⁶ Cfr. *Arrêt Trib. Féd.* 116/689 (*J. Trib.*, 1992, p. 197), y *Trib. Fed.* 97/66 (*JT*, 1971, 526).

el caso en que el cocontratante haya realizado una prestación (en su ejemplo, a favor del representado) pensando que el contrato ha tenido lugar, es eficaz y él comienza a cumplir lo que le compete: procede la restitución de aquella prestación o, en su lugar, en su caso, la acción de enriquecimiento injustificado¹⁴⁷. En Derecho italiano su jurisprudencia incluyó en ese ámbito la restitución de los intereses del precio pagado, que hubo de devolver el *f. p.* por la ineficacia de la venta (Ss. Cass. Civ. de 26 de marzo de 1965 y 9 de diciembre de 1976).

Pienso que también habrá la misma compatibilidad en Derecho español y que aquí funcionarían de la misma forma esos casos y ejemplos. El enriquecimiento sin causa ha llegado a constituir un principio general de derecho en nuestro sistema jurídico; la acción de esa clase es, en principio, compatible con otras, aunque con ciertas limitaciones¹⁴⁸, que no operarían en nuestro caso. Es exigible, desde luego, que concurren en aquélla los requisitos típicos del enriquecimiento injusto (que no tengo que recordar aquí).

B) *Con la acción por «culpa in contrahendo»*

En tanto que la responsabilidad del *f. p.* es específica y no se identifica con la *c.i.c.*, no obstante su proximidad, puede haber ocasiones en que en sustitución de aquélla haya lugar a ésta; y algunas en que concurren una y otra, que no deben ser incompatibles por esa no identidad, máxime en cuanto que, en mi opinión, la primera tiene no poco de responsabilidad objetiva y la segunda (*c.i.c.*), subjetiva, culpabilista. (Así, también, en otros ordenamientos)¹⁴⁹. Una acción ejercitable no excluye, en línea de principio, la reclamación de responsabilidad por otro título, salvo incompatibilidad legal.

Antes de ahora he citado un caso de responsabilidad del falso representante por *c.i.c.*: la del negocio representativo que resulte inválido por razones ajenas al poder, que haya ocultado el propio representante y, dadas las circunstancias, haya confiado la otra parte en la validez del contrato; y aquel en que el *f. p.* actúa con desconocimiento de su legitimación por culpa exclusiva del representado, con idéntica confianza del cocontratante, luego defraudada. En estos casos la responsabilidad precontractual del representa-

¹⁴⁷ Véase FLUME, *op. cit.*, p. 937, y jurisprudencia que cita.

¹⁴⁸ Cfr. LACRUZ-RIVERO, *Elementos*, cit., t. II-2.º (ed. 2005), pp. 412 y 416-417; y, sobre todo, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989 (2.ª ed.), pp. 110-111.

¹⁴⁹ Para el Derecho suizo, cfr. PIOTET, *op. cit.*, p. 71. Para el Derecho alemán, SCHILKEN, en *Staudinger Kommentar*, cit., ad § 179, núms. 2 y 20.

do sustituye a la típica del *f. p.*. Pero si en lugar de esos problemas deviene el contrato ineficaz por la sola falta de poder y en su gestación hubiera habido una deslealtad por parte del representante (ocultación de datos objetivos, inducción a gastos innecesarios) que hubiera aumentado los perjuicios del cocontratante, éste podrá acumular una y otra acción, cada una con pretensión diferente (título, objeto, cuantía) en tanto que justificadas por fundamento distinto.

En otras ocasiones el cocontratante podrá ejercitar, junto a la acción de responsabilidad típica o específica contra el *f. p.*, otra por *culpa in contrahendo* contra el representado cuando, sin provocar o llegar a producirse una verdadera representación aparente (por falta de los requisitos propios) que le haga a él parte contractual frente al tercero, haya actuado un tanto frívola o descuidadamente y haya contribuido a crear o aumentar una confianza razonable en el cocontratante y a gastos y ulteriores perjuicios de éste que deban ser indemnizados. Junto a la acción específica contra el *f. p.* (que no ha desaparecido) podrá reclamar el perjudicado otra indemnización contra el representado, que es, sin duda, por *c.i.c.* Problema práctico interesante será en este caso el de la relación de causalidad (delimitar cuál es la causa eficiente y cuantía de los perjuicios respecto de cada uno de ambos causantes)¹⁵⁰.

C) ¿Con la cláusula penal?

Para la viabilidad de una pena convencional sería precisa la eficacia del contrato en que se inserte, por lo que para este caso, dada la ineficacia del contrato del *f. p.* a falta de ratificación (hipótesis de partida), la cláusula penal debería ser autónoma (y no inficionada por los problemas de ese contrato), por acuerdo independiente y anterior entre el representante y el cocontratante, y válida *per se* (reglas generales al respecto). De ser así, su alcance y eficacia dependerá del tipo de cláusula penal (cumulativa, liquidatoria o liberatoria), y en función de ello, la compatibilidad o no con la responsabilidad propia del falso representante¹⁵¹.

¹⁵⁰ En la jurisprudencia italiana, véase S. Cass. Civ. de 12 de julio de 1965 (el reconocimiento de la responsabilidad del *f. p.* no excluye la responsabilidad por otro título).

¹⁵¹ GARCÍA RUBIO, al tratar de las cláusulas modificativas de la responsabilidad precontractual, se refiere a la admisibilidad de la liquidatoria previa del daño derivado de esa responsabilidad «a través de una cláusula penal» (y cita e su apoyo la STS de 19 de diciembre de 1985) (*op. cit.*, p. 261). En la jurisprudencia italiana, la S. Cass. Civ. 2468/1988, de 16 de marzo de 1988 (*Giust. Civ.*, 1989, pp. 678 ss., anotada por CONTINO) consideró incompatible la cláusula penal y la responsabilidad del *f. p.* ex artículo 1398 CC, dada la ineficacia del contrato y la necesidad de eficacia del mismo para que le sea aquella cláusula. Criterio distinto había mantenido el tribunal de apelación, que había condenado al pago, como daños resarcibles, de los previstos en la cláusula penal.

6. SOLIDARIDAD ENTRE RESPONSABLES

Hay dos supuestos en que cabe preguntarse por esta solidaridad.

A) *Entre (falsos) representantes*. Si actúan de consuno varios falsos representantes (gestión colectiva de un solo asunto, aunque comprenda varias cosas), y resultan responsables (varios) por darse los requisitos vistos de esta responsabilidad, deben serlo mancomunados, no solidarios (salvo que ellos lo hayan asumido): solución prevista en el art. 1723 CC, aplicable por analogía –por más que la norma sea criticable y criticada¹⁵²–, además de la regla general del artículo 1137 (cfr., sin embargo, el art. 1890 CC, que creo que no es de aplicación aquí, frente a aquella norma, más específica).

B) *Entre representante y representado*. Vista la posibilidad de concurrencia de responsabilidad del *f. p.* y del representado (apart. IV.2.3), hay que preguntarse si esa responsabilidad conjunta es solidaria o no. Frente a la presunción de no solidaridad del artículo 1137 CC, cabe oponer aquí que, aunque por conducta autónoma, ambos responsables lo son por su comportamiento irregular en relación con el mismo acto jurídico (el contrato frustrado) –y exigible *in totum* a cada uno–, donde ambos defraudaron la confianza razonable que el cocontratante pudo albergar acerca del éxito del contrato –para la hipótesis de responsabilidad del representado por culpa propia–; o por la relación de dependencia del representante cuando pueda ser considerado auxiliar del principal (culpa *in eligendo* o *in vigilando* de éste), cuando así sea. Añádase las razones que aduce cierta jurisprudencia para justificar la «interpretación semicorrectora del artículo 1137 CC» (de que hablan varias sentencias), como cuando existe «comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones» y hay conexión interna entre ellas (S 2 de marzo de 1981).

Por esas razones –más claras y enérgicas en el segundo caso–¹⁵³, y con la finalidad de proteger al cocontratante perjudicado por ese acto y aquellas conductas concurrentes, pienso que es perfectamente defendible la responsabilidad solidaria de representante y pseudo-representado (cada una por el respectivo título y causa), por la

¹⁵² Así, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid (Tecnos), 1968, pp. 294-295; y LEÓN ALONSO, *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, *ad* artículo 1723, p. 1559.

¹⁵³ Cfr. LEÓN ALONSO, *coment. artículo 1725, Comentarios Código civil EDERSA*, cit., p. 344; ASÚA GONZALEZ, obra citada, p. 77; y, para el Derecho italiano, BENATTI, *op. loc. cit.*, p. 344.

que me inclino, con no menos motivo que en los supuestos de responsabilidad solidaria *ex* artículo 1591 CC y Ley de Ordenación de la Edificación, o en accidentes de tráfico (arts. 1902-1903 CC) en que la ha establecido la jurisprudencia española ¹⁵⁴.

7. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

7.1 Requisitos previos

Además del concurso de todos los presupuestos que conocemos, *en el orden formal-temporal* se requiere que ya no sea posible la ratificación del *dominus*: no cabe el ejercicio de la acción de reparación de perjuicios antes de la ratificación o de su posibilidad, habida cuenta de que una forma hábil de perfección del contrato del *f. p.* es precisamente por medio de ella (art. 1259.2.º CC). Con la ratificación ya no hay frustración del contrato ni perjuicios indemnizables en razón de la representación sin poder.

7.2 La carga de la prueba

La carga de la prueba se rige aquí, en línea de principio, por las reglas generales (art. 217 LEC). Mas, concebida la del *f. p.* como una especie de responsabilidad cuasi-objetiva, con una presunción de culpa inicial, y los diversos elementos que la configuran, aquella cuestión adquiere alguna particularidad ¹⁵⁵:

A) *Incumbe al cocontratante* que reclama indemnización probar que la actuación del *f. p.* era representativa, la ausencia o insuficiencia de poder y la no ratificación por el *dominus* —elementos constitutivos de la pretensión que ejercita—. Igualmente, los hechos que determinen la agravación de la responsabilidad (ocultación consciente y maliciosa de la ausencia de poder), si la pretende (cfr. apart. VII.2.2.3). No tiene que probar la culpa del *f. p.*, porque ésta no es requisito de la acción.

B) *Compete al falsus procurator* el probar que no conocía su falta o insuficiencia de legitimación (para exculparse de responsabili-

¹⁵⁴ Ve posible la responsabilidad solidaria, en Derecho alemán, en cuanto al interés negativo (sin apelar a las reglas generales de la solidaridad), SCHILKEN, *op. cit.*, ad § 179, p. 182.

¹⁵⁵ Sobre la cuestión en la doctrina española (con visión eminentemente culpabilista, como sabemos), en particular la prueba de la culpa, cfr. GARCÍA RUBIO, obra citada, p. 218, y ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 283 ss. Para el Derecho alemán, cfr. SCHRAMM, *op. loc. cit.*, ad § 179, núm. 44; y SCHILKEN, *op. loc. cit.*, núm. 26. En Derecho suizo, PIOTET, obra citada, pp. 54 ss.

dad), así como cualquier otro hecho que pueda exonerarle de responsabilidad; también, en su caso y a sus efectos, que el cocontratante conocía o debió conocer (negligencia inexcusable) la ausencia o limitación (y en qué medida) del poder —es decir, que confió infundada o indebidamente en la eficacia del contrato—¹⁵⁶.

C) *Se aplican las reglas generales* sobre la carga de la prueba en cuanto a los perjuicios indemnizables (identidad y cuantía), relación de causalidad (en los términos que dije), y lo acordado, en su caso, acerca de la ratificabilidad del contrato y términos en que se hizo (garantía formal, seguridad, probabilidad o mera posibilidad). Igualmente, por el mismo motivo, los demás elementos constitutivos de la pretensión (o de la oposición).

7.3 Prescripción de la acción

No es fácil pronunciarse sobre esta cuestión, habida cuenta de la difícil calificación con alguna seguridad de la responsabilidad del *f. p.* en nuestro sistema jurídico. Nuestra doctrina, que se inclina mayoritariamente por considerar esa responsabilidad como precontractual, lleva a este terreno la cuestión de la prescripción, punto en que tampoco hay en ella el acuerdo que fuera de desear¹⁵⁷. Idéntico problema en otros ordenamientos¹⁵⁸.

Por mi parte, al haber puesto el acento, a la hora de distinguir la responsabilidad del *f. p.* y la precontractual, y justificar la primera, en la actuación irregular inicial del falso representante (intromisión no legitimada en la esfera jurídica ajena), y considerarla responsabilidad por riesgo, pienso que la que ahora me ocupa se aproxima a, si no queda subsumida directamente en la extracontractual *ex art.* 1902 CC

¹⁵⁶ La S. Cass. Civ. italiana de 21 de febrero de 1948, núm. 1539 (*Giur.Cass. civ.*, II, p. 520) dijo que incumbe al falso representante probar que el tercero incurrió en la culpa de haber confiado en la validez del contrato.

¹⁵⁷ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 290), que pone de manifiesto la opción entre el plazo de quince años y el de un año, según se considere contractual o extracontractual la *c. i. c.* GARCÍA RUBIO parece inclinarse (para la *c. i. c.*) por el plazo anual (obra citada, pp. 228-229); no concreta para la responsabilidad del *f. p.* Para ALONSO PÉREZ el plazo sería (consecuente con su concepción de la responsabilidad precontractual) el de quince años (*op. loc. cit.*, p. 920).

¹⁵⁸ Para el Derecho suizo, cfr. PIOTET, pp. 63, 71-73 y 101. En Derecho alemán, FLUME dice que «se discute si la pretensión fundada en el § 179 queda sometida al plazo de treinta años con independencia de cuál sea el plazo de prescripción de las pretensiones fundadas en el negocio jurídico», y en nota añade que sería más adecuado el plazo de prescripción de la pretensión de cumplimiento [del § 179.1] (obra citada, p. 934). SCHRAMM, *op. loc. cit.*, ad § 179 (núm. 37 y 39) remite esta prescripción a la de la pretensión de cumplimiento (que se computa desde la denegación de la ratificación), incluso la de indemnización. SCHILKEN (*loc. cit.*, ad § 179, núm. 15) remite a la prescripción de la pretensión del cocontratante.

en razón de aquella irregularidad-ilicitud. En consecuencia, la prescripción será la anual del artículo 1968.2.º CC –de tres años en el Derecho catalán: art. 121.21.c) CCCat.–, con las reglas correspondientes de cómputo¹⁵⁹. Desde luego, creo que no debe ser la prescripción de quince años del artículo 1964 como general para las pretensiones que no queden sometidas a regla especial.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, COLÁS ESCANDOÓN (*op. cit.*, p. 552): plazo de un año «a partir del momento en que el tercero tuvo conocimiento de que había prestado su consentimiento a un falso representante y que el *dominus* no ratificaría su actuación».

