

Sobre el acceso al Registro
de la Propiedad del contrato del
representante sin poder (con ocasión
de la Resolución de la DGRN
de 28 de mayo de 2013)

*On the eligibility for registration of an
agreement appointing a representative
without power of attorney (on the
occasion of the Directorate-General
of Registries and Notarial Affairs'
decision of 28 may 2013)*

por

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil

*A mis viejos amigos, registradores, José Manuel García García,
Pedro Ávila Navarro y Francisco Javier Gómez Galligo,
con mis excusas por disentir de sus muy autorizadas opiniones.*

RESUMEN: Antiguas y recientes Resoluciones de la DGRN se han pronunciado contra la inscripción del contrato del representante sin poder por estimar

que en él concurre un defecto insubsanable basándose, sustancialmente, en la regla jurisprudencial del no perjuicio de tercero por la retroactividad de la ratificación posible. En este trabajo se sostiene que la falta de legitimación del *falsus procurator* puede (y debe) ser calificada como defecto subsanable, dando lugar a la suspensión de la inscripción porque, amén de otras razones (protección que merece *ex art. 1259* del CC, analogía con el contrato anulable y el sometido a condición suspensiva), esa posición y calificación apriorista va a cerrar, con carácter general, el acceso al Registro de contratos falso-representativos en que no haya perjuicio de terceros, y porque este eventual perjuicio, que haría ineficaz frente a ellos la retroactividad de la ratificación, puede ser tomado en consideración si y cuando el mismo se produzca, con ocasión de la inscripción de la ratificación. No obstante a ello el juego funcional y eficacia de la anotación preventiva de suspensión y prioridad que concede, porque unas veces no habrá lugar a ella (es solo a petición de parte); otras, aun practicada y sin derechos adquiridos de tercero, tendrá la ventaja de poder ampliarse el plazo para el acceso al Registro de la ratificación (por su posibilidad de prórroga); y si hay esos derechos adquiridos *medio tempore*, serán determinantes para calificar negativamente la ratificación por mor del no perjuicio del tercero.

*ABSTRACT: Old and recent decisions by the Directorate-General of Registers and Notarial Affairs have ruled against the registration of agency contracts wherein the agent is not granted power, the DG's feeling being that such contracts contain an irremediable defect. This view is largely based on the rule of case-law that states that no third parties must be harmed by a possible retroactive ratification of the agent as a holder of actual powers. This paper argues that the lack of legal standing on the part of the *falsus procurator* can (and must) be categorized as a remediable defect, giving rise to the suspension of registration. Several reasons are given for this view (inter alia, protection merited under art. 1259 of the Civil Code, analogy with annulable contracts and contracts subject to suspensive conditions), the main reason being that this position espousing an a-priori-based categorization is generally going to bar registration even to false agency agreements in which no third parties stand at risk of potential harm. Moreover, any potential harm to third parties (which would make the retroactive application of the ratification ineffective vis-à-vis those particular third parties) can be taken into consideration when and if it ever happens, when the ratification is submitted for registration. The functional scope of operation and efficacy of caveats of suspension and priority thus granted are no obstacle to such an outcome, because a) sometimes caveats are not in order (a caveat would only be included at the request of one of the parties); b) sometimes, even if a caveat is made and no third-party rights are acquired, there will be the advantage of being able to extend the deadline for successful registration of the ratification (due to its extension possibility); and c) if there are any such rights acquired*

over the intervening time period, under their telling influence the registrar will refuse to register the ratification, in order to avoid harming the third party.

PALABRAS CLAVE: Representación sin poder, retroactividad (de la ratificación), suspensión (de la inscripción), defecto (in)subsanable.

KEY WORDS: *Agent without powers, retroactive nature (of ratification), suspension (of registration), irremediable/remediable defect.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO Y PROBLEMÁTICA GENERAL: 1.1. NUEVA Y VIEJA JURISPRUDENCIA REGISTRAL SOBRE LA CUESTIÓN. 1.2. CUESTIONES JURÍDICAS MÁS RELEVANTES QUE ATENDER.—2. LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN Y SUS LÍMITES: 2.1. LA REGLA DE LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL. 2.2. LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN, ¿REGLA ABSOLUTA O RELATIVA? 2.3. LÍMITES DE LA RETROACTIVIDAD.—3. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO (NEGOCIO FALSO-REPRESENTATIVO) PARA SU INSCRIPCIÓN: DEFECTOS SUBSANABLES O INSUBSANABLES: 3.1. PLANTEAMIENTO Y PROBLEMAS GENERALES. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. 3.2. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO COMO AFECTO DE DEFECTO SUBSANABLE. 3.3. CALIFICACIÓN COMO TÍTULO CON DEFECTO INSUBSANABLE.—4. COMPATIBILIDAD DE LA RETROACTIVIDAD «SIN PERJUICIO DE TERCERO» CON LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO FALSO-REPRESENTATIVO.—5. REFERENCIA DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2013: ACUERDOS Y DESACUERDOS.

1. PLANTEAMIENTO Y PROBLEMÁTICA GENERAL

1.1. NUEVA Y VIEJA JURISPRUDENCIA REGISTRAL SOBRE LA CUESTIÓN

La reciente publicación de varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 20 de septiembre de 2012, 7 de mayo de 2013 y 28 de mayo de 2013) relativas, entre otros extremos, a la retroactividad de la ratificación del contrato del representante sin poder y a su acceso al Registro de la Propiedad, llaman mi atención y me sugieren algunas consideraciones, que decido publicar con ánimo de propiciar otras de especialistas en la materia —de registradores de la propiedad, particularmente, algunos de los cuales ya se han ocupado de la cuestión—; porque creo que algunos puntos de la argumentación de aquellas Resoluciones —reproducción y reiteración de las mismas ideas y frases desde hace cincuenta años, con omisión de perspectivas e hipótesis hoy

insoslayables— y ciertas afirmaciones requieren de precisiones y matizaciones; lo que no obsta, en mi opinión, a la corrección de las soluciones a que llegan al resolver los recursos correspondientes.

La *Resolución de 28 de mayo de 2013*, objeto fundamental de mi comentario, parte de los siguientes hechos (que estima «relevantes» para la resolución del recurso):

- «a) Mediante escritura autorizada el día 27 de noviembre de 2012, se constituye a favor de la entidad “U. B., S.A.U.”, hipoteca sobre una finca en garantía de un préstamo otorgado a favor de tres personas físicas y una sociedad cooperativa; en el otorgamiento de la escritura comparece uno solo de los apoderados mancomunados de la entidad acreedora, advirtiendo el notario que, a su juicio, no es suficiente la representación acreditada para el otorgamiento de la escritura. Igualmente la cooperativa prestataria actúa representada por un mandatario verbal. Dicha escritura se presentó de forma telemática el día 28 de noviembre de 2012, causando el asiento 1007 del Diario 83. b) Con fecha 29 de noviembre de 2012 se presenta en el Registro otra escritura pública, otorgada en la fecha inmediata anterior, por la que se constituye una nueva hipoteca sobre la misma finca en garantía de un préstamo concedido por otra, “C., S. A.”. c) El día 21 de diciembre de 2012 se recibe en el Registro diligencia de ratificación, de fecha 13 de diciembre de 2013, por la que otro de los apoderados de “U. B., S.A.U.”, ratifica la escritura de constitución de hipoteca otorgada el 27 de noviembre de 2012, reseñada en primer término. d) La registradora deniega la inscripción con la prioridad resultante del asiento de presentación 1007 del Diario 83, “por carecer de eficacia retroactiva frente a terceros las ratificaciones efectuadas para perfeccionar el negocio celebrado por apoderado mancomunado sin comparecencia de otro apoderado y por mandatario verbal”. Asimismo califica negativamente el documento por otra serie de defectos que no han sido objeto de recurso».

Dicha resolución desestimó el recurso interpuesto y confirmó la calificación registral que denegaba la inscripción del contrato falso-representativo de constitución de la primera hipoteca por adolecer de un defecto insubsanable¹.

La *Resolución de 20 de septiembre de 2012* se refería a si una escritura de dación de una finca en pago de una deuda sujeta a condición suspensiva —que otra Resolución anterior había considerado que incurriía en nulidad radical y absoluta por encubrir un pacto comisorio—, podía ser despachada antes que un mandamiento de embargo, si se aporta más tarde como documento complementario una escritura en la que las partes, siendo ya la deuda líquida y exigible, ratifican la escritura primeramente acordada. Esa Resolución desestimó el recurso interpuesto contra la calificación registral denegatoria por defecto insubsanable.

A su vez, la *Resolución de 7 de mayo de 2013* desestimó el recurso interpuesto y confirmó la calificación denegatoria de la inscripción de la escritura de ratificación de otra otorgada en una notaría panameña de aceptación de la aportación por una sociedad de determinadas fincas sitas en España a cambio de acciones y capital de una sociedad panameña. Con posterioridad a la presentación de la escritura de ratificación se presentó en el Registro un mandamiento de anotación preventiva de demanda contra el titular registral aportante de las fincas, y más tarde tuvo entrada en el Registro la escritura inicial de aportación.

Esas tres Resoluciones, relativas a hechos diferentes, tienen, sin embargo, en común el haber abordado la cuestión de la eficacia retroactiva de la ratificación y su relación con la denegación o suspensión de la inscripción del contrato falso-representativo, a cuyo respecto las tres se han inclinado por la denegación de la inscripción por estimar que en ese caso concurre un defecto insubsanable. A estas últimas cuestiones me voy a referir en este breve comentario —sobre todo, de la primera de ellas—; hay otras interesantes que no debo abordar aquí. Por lo demás, estoy de acuerdo, sustancialmente —repito—, con la solución última, denegatoria, a que llega cada una de aquellas Resoluciones, si bien no comparto los argumentos con que lo justifican ni la generalización de algunos de sus pronunciamientos.

1.2. CUESTIONES JURÍDICAS MÁS RELEVANTES QUE ATENDER

La cuestión central de la problemática que aborda la Resolución de 28 de mayo de 2013 es la de la calificación registral de la escritura y contrato de constitución de hipoteca otorgado por uno solo de los apoderados mancomunados de la entidad acreedora (con ratificación ulterior del otro apoderado). En ese orden, la mencionada Resolución lleva su argumentación, en primer lugar, al terreno sustantivo y eficacia retroactiva de la ratificación, «sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros», con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio Centro Directivo; y luego desde una perspectiva registral, a cuyo efecto invoca, entre otros preceptos, los artículos 65 y 66 LH y 101 RH y los criterios o pautas que «de un modo orientativo» indica el primero para calificar los defectos del título como subsanables o insubsanables, y considera como criterio básico para diferenciar uno u otro «la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título, una vez sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que solo es posible en el caso de los defectos subsanables» (FJ 4).

Pasa luego aquella Resolución a considerar (demasiado brevemente, para tan importante cuestión) la naturaleza del negocio representativo sin poder o con insuficiencia de poder, y concluye que «se trata de un negocio incompleto

en el momento de la presentación del título», con eficacia *inter partes* desde su ratificación y con inoponibilidad a terceros que hayan adquirido algún derecho en el *medio tempore* [sic]; lo que conduce en el caso juzgado a la calificación del defecto como insubsanable y denegación de la inscripción.

Devienen, así, cuestiones sustanciales del debate que pretende resolver dicha Resolución, la del juego funcional de la retroactividad de la ratificación, los criterios de calificación del contrato falso-representativo antes de la ratificación (defecto subsanable o insubsanable) y la relación de esta calificación y criterios con la retroactividad y sus límites de la ratificación. No niego esa relación y la relevancia de la eventual retroactividad para la calificación de referencia, porque es evidente, sino hasta dónde llega esa relevancia y momento jurídico en que debe ser tomada en consideración la no retroactividad en perjuicio de terceros, quizás sobreponderada por la Dirección General (y por el Tribunal Supremo en otros aspectos).

Interesa, pues, examinar con cierta atención la trascendencia y límites de la retroactividad de la ratificación, en general y a efectos registrales, dado que la Dirección General de los Registros hace de ella el fulcro y centro de gravedad para la calificación registral del contrato de representante sin poder suficiente; y si ese negocio puede tener acceso al Registro de la Propiedad, siquiera sea por vía de dejar suspendida su inscripción por defecto subsanable hasta la ratificación de forma que sea compatible con la protección registral de los derechos legítimamente adquiridos por tercero *medio tempore*.

Paso, en consecuencia, a estudiar: (i) la retroactividad de la ratificación y sus límites, (ii) la cuestión de los defectos subsanables e insubsanables del título que calificar en relación con el contrato sin poder suficiente, y (iii) la compatibilidad de la retroactividad «sin perjuicio de tercero» con la suspensión de la inscripción de este contrato por defecto subsanable. Referiré luego el razonamiento y conclusiones a que llegue con carácter general a la Resolución de 28 de mayo de 2013, en la que centro mi atención.

2. LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN Y SUS LÍMITES

2.1. LA REGLA DE LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

La cuestión que me propongo examinar ahora es la del alcance efectivo de la retroactividad de la ratificación y su relación con la protección de los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros, punto en el que, a falta de norma legal (nada dicen el art. 1259 y concordantes del CC), nuestra jurisprudencia maneja pronunciamientos tan generales y enérgicos como que «tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron...» (sentencia de 12 de diciembre de 1989), o que

«queda limitada [la retroactividad] frente a los derechos adquiridos por estos [los terceros] *medio tempore*, pues no pueden perjudicarles» (sentencia de 22 de octubre de 1999). En términos semejantes se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado desde la importante Resolución de 3 de marzo de 1953² y las de 2 de diciembre de 1998 (más explícita y mejor argumentada) y 25 de mayo de 2007 («sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros»); también en las de 2012 y 2013 citadas al principio de este trabajo³.

La retroactividad de la ratificación procede del Derecho romano⁴, de donde ha pasado vía *ius commune* a los ordenamientos modernos, latinos y germánicos. Algunos Códigos la establecen explícitamente, como el BGB (§ 184) y los Códigos Civiles italiano (art. 1399.2) y portugués (art. 268.2); también constituye regla general en el *Common Law* y en el *Restatement (Second)*, *Agency* norteamericano (§ 100 y 100A)⁵. No así en el *Code* francés, el italiano de 1865 y el español, ni, por influencia de estos, en los hispanoamericanos del siglo XIX (salvo modificaciones posteriores). La doctrina española, en general de forma acrítica y sin justificarla, ha aceptado esa retroactividad, y apenas se ocupa de su alcance, límites y excepciones⁶.

La *jurisprudencia española* reconoció tempranamente la retroactividad de la ratificación: la sentencia del TS de 7 de mayo de 1897 todavía confundía ratificación y confirmación; luego, en términos parecidos, pero ya con neta distinción, la de 14 de diciembre de 1940⁷. En general, sus afirmaciones han sido muy generales, sin aludir al origen de esta regla ni cita de texto alguno en su apoyo —exigible al ser creación jurisprudencial y dada su vigencia en defecto de ley—: cfr. la sentencia de 10 de mayo de 1979 (habla de retroactividad, sin más), y la de 24 de octubre de 1997. Algunas sentencias hacen alusión al alcance de la retroactividad —también sin justificación alguna, salvo la cita del BGB y del Código Civil italiano en algún caso (cfr. sentencia de 22 de octubre de 1999 y Resolución de 25 de mayo de 2007)—, con la misma conclusión: que la retroactividad tiene solo efecto entre las partes del contrato representativo, «sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros» (sentencia de 23 de abril de 1980), que «tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron...» (sentencia de 12 de diciembre de 1989), o que «queda limitada frente a los derechos adquiridos por estos [los terceros] *medio tempore*, pues no pueden perjudicarles» (sentencia de 22 de octubre de 1999). En términos semejantes, la Dirección General de los Registros desde la Resolución de 3 de marzo de 1953 y las de 2 de diciembre de 1998 y 25 de mayo de 2007 («sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros»); y las de 2012 y 2013 ya citadas.

Se ha discutido ampliamente el *fundamento y explicación de la retroactividad* de la eficacia de ciertos actos jurídicos, en general, y la de la ratifi-

cación con objeto de poder justificar las conclusiones no siempre lógicas a que conduce —porque es poco lógico, por ejemplo, que se lleve la eficacia al momento de la estipulación entre el falso representante y el tercero cuando afirmamos que entonces no hay todavía negocio, y que este solo se perfecciona con la ratificación—. De las varias teorías e ideas que se han defendido en cuanto a los primeros⁸, ninguna está exenta de objeciones, y no dan una explicación objetiva y racional suficiente del fenómeno de la retroactividad. Creo que su justificación no radica en argumentos o conclusiones racionales dentro del sistema jurídico sino en consideraciones eminentemente prácticas, como mecanismo jurídico de mejor protección de ciertos intereses; responde, así, solo a un determinado fin de organización jurídica. Por ello, es una decisión del legislador (cuando opta por establecer la retroactividad), como instrumento para reforzar la protección de intereses —por ejemplo, en el caso de la condición protege mejor al adquirente condicional—. Es, pues, una fórmula normativa de reglamentación de intereses ante conflictos determinados, un artificio técnico-jurídico —se ha dicho—, una decisión positiva del legislador que podría haberse producido en otro sentido: es decir, cuestión de política legislativa, en terminología moderna.

También se ha buscado una explicación e invocado ideas varias a la hora de justificar la retroactividad de la ratificación. Pienso que son aplicables a esta las consideraciones anteriores y conclusión recién apuntada: se trata de un mecanismo normativo de reglamentación de determinados intereses —sobre todo, cuando la realización de estos queda diferida respecto del momento constitutivo—, por razones de política legislativa, con las particularidades derivadas de la especificidad del negocio y de la propia ratificación. La relativa artificialidad e irracionalidad —expresión no estrictamente racional, sino como instrumento de protección de intereses— justificará, a la hora de aplicar aquella regla a la ratificación, razonamientos y conclusiones más propios de una Jurisprudencia de intereses que de la jurisprudencia de conceptos y su dogmática lógica y geométrica.

2.2. LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN, ¿REGLA ABSOLUTA O RELATIVA?

Otra de las cuestiones más relevantes y debatidas en este orden es la de si la regla de la retroactividad de la ratificación es absoluta, y sus límites; es decir, si se trata de una retroactividad limitada (relativa) —el límite estaría constituido por los derechos adquiridos por terceros, siempre a salvo, en detrimento de la regla general—; o si es una retroactividad absoluta, como regla general sin limitación institucional pero con excepciones para casos particulares, que se regirían por los principios y reglas generales, como operan prácticamente todas las normas y reglas jurídicas.

Un importante sector de nuestra doctrina ha hablado del carácter relativo de esta retroactividad y de su límite en los derechos adquiridos por terceros *medio tempore*; para otros autores esa retroactividad sería absoluta, *erga omnes*, por tanto también en perjuicio de terceros, aunque algunos derechos de estos pueden quedar protegidos frente a la retroactividad en virtud de los principios generales (el de buena fe, las reglas de colisión de derechos, el principio de prioridad y fe pública registral, etc.)⁹.

La cuestión fundamental para opinar a ese respecto radica, en mi opinión, en determinar cuál sea el alcance e intensidad de la salvedad de los derechos de los terceros que deben quedar protegidos frente a la retroactividad de la ratificación: si se trata de una protección y salvedad absoluta, en todo caso, como límite inexorable y frente a dicha retroactividad; o si es una salvedad ordinaria dentro del sistema que debe acomodarse a los principios y reglas generales de la protección de terceros. La pregunta concreta podría ser: ¿se protegerá al tercero que actúa de mala fe o de forma fraudulenta? Si el «sin perjuicio de los derechos adquiridos *medio tempore* por los terceros» (de la jurisprudencia) es absoluto, la respuesta deberá ser afirmativa. Pero ello repugna, en principio, a un sentido ético-social del Derecho y es contrario a nuestro ordenamiento jurídico; lo que obliga a llevar el razonamiento por otro camino.

Si, en busca de una respuesta general —dado el silencio del Código Civil respecto de la ratificación—, hacemos un breve recorrido por nuestro ordenamiento positivo podemos observar que con la sola excepción —creo— del artículo 1317 del Código Civil, en que la modificación del régimen económico-matrimonial «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (con una *ratio legis* específica), en ningún otro supuesto es incondicionada la protección de los derechos adquiridos por terceros, sino subordinada al concurso de hechos o circunstancias que requieren sus normas protectoras: la buena fe del adquirente (arts. 1295, 1320, 1335, 1526-2.º, 1540, 1738 del CC, y arts. 34 y 37 LH; y, sin duda, alguno más), o depende de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arrendamiento de inmuebles, art. 1549 CC), o de la certeza de la fecha (de la cesión de un crédito, derecho o acción: art. 1526-2.º; de la prenda, art. 1865), o de la satisfacción de la deuda a los demás herederos (art. 1860-3.º CC), o de la existencia de un título inscrito para la prescripción ordinaria de derechos reales contra otro título inscrito en el Registro (art. 1949 CC), etc.

De estos preceptos se puede inducir una regla general: la protección de los derechos de terceros frente a otras adquisiciones o titularidades jurídicas incompatibles no es absoluta en nuestro sistema jurídico, sino condicionada a la concurrencia de otros datos o elementos reglados (ejemplos y preceptos citados); opera a partir de cierto marco normativo de fondo en conexión con principios y reglas determinadas (adquisición de buena fe a título oneroso, buena fe o mala fe en el tercero, certeza de la fecha de la adquisición, etc.).

(Si esto es así, la retroactividad es absoluta, actúa *erga omnes*; las excepciones, puntuales y justificadas). Por ello (la aludida concepción y línea general de nuestro ordenamiento), creo que no puede tener carácter absoluto la ilesión de los derechos de estos terceros: es una salvedad y protección de derechos como en otros casos, obediente a los principios generales y normas que regulan las situaciones jurídicas y adquisiciones concretas de que se trate. La excepción y salvedad de esos derechos a la regla de la retroactividad no es aséptica, general o incondicionada, sino que debe valorarse en el contexto relacional y marco normativo pertinente.

Ello permite concluir que la regla de la retroactividad de la ratificación, interpretada junto a su limitación («*sin perjuicio* de los derechos adquiridos...»), tiene —en la disyuntiva doctrinal absoluto/relativo— alcance absoluto en el sentido de *erga omnes*, que afecta a las partes negociales y a los terceros; sin perjuicio, en efecto, de los derechos de estos que resulten protegidos por principios y normas que les sean aplicables, porque en no pocos casos la protección de los terceros no limita la retroactividad, sino que proviene de la eficacia de la ratificación (de la que la retroactividad es un predicado), ratificación y eficacia que en muchos casos van a depender, si el ratificador habría dispuesto antes del mismo objeto, de que él tuviera legitimación y poder de disposición sobre ese objeto al tiempo de ratificar —no la tendrá, por ejemplo, si había vendido y entregado la cosa al tercero, pero sí en el caso de venta sin entrega, en que sigue siendo propietario y mero deudor de la entrega—.

2.3. LÍMITES DE LA RETROACTIVIDAD

Para justificar el límite de la retroactividad de la ratificación y rotunda salvedad de los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros se han invocado argumentos varios, de tipo general (una genérica protección de los terceros ajenos al negocio cuya eficacia puede afectarles)¹⁰ o por razón jurídica concreta (buena fe del tercero, prioridad del título). En la doctrina alemana reciente para un sector mayoritario, la norma del § 184.2 BGB [«límites de la retroactividad»] sirve para la protección de los negocios honestos, y pretende evitar que el ratificador pueda dejar sin los efectos legales un negocio de disposición otorgado por él *medio tempore*¹¹.

Idéntica parquedad de justificación de aquel límite de la retroactividad en nuestra doctrina y jurisprudencia, cuestión que apenas aborda la Resolución de 2 de diciembre de 1998: «[...] tampoco puede pretenderse, en perjuicio de tercero, una eficacia retroactiva por la ratificación; se opone a ello no solo el rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado sino, sobre todo, la regla básica de inexistencia de contrato sino desde que media, entre otros elementos sustanciales, el consentimiento de los

contratantes (cfr. arts. 1261 y 1262 CC), produciéndose sus efectos a partir del momento de su perfección (cfr. art. 1258 CC)»¹².

Para resolver los conflictos entre el tercero adquirente de derechos *medio tempore* y una de las partes del negocio falso-representativo¹³ se han apuntado varios criterios: el *de la buena o mala fe del «tercero»*, el *criterio de la prioridad del título* —manejado por GRAZIANI, sobre todo cuando se trata de contratos del tercero con el *dominus*—; SAGESSE aplica el principio *nemo pluris ad alium transferre potest quam ipse habet*, etc.¹⁴. En mi opinión, en el marco normativo del principio de la retroactividad de la ratificación sin perjuicio de tercero, se debe partir de que la retroactividad es un predicado de la ratificación, y va vinculada directamente a esta última y su propia eficacia, con lo que solo habrá lugar a aquella si la ratificación es válida y eficaz. El primer dato que considerar es la legitimación y el poder de disposición del ratificador respecto del objeto del negocio representativo en el momento de la ratificación, necesarios para la eficacia de la ratificación: si ha dispuesto ya *medio tempore* de ese bien y ha dejado de ser su dueño en el momento de la ratificación, su ratificación será ineficaz por falta de legitimación para ella (requisito imprescindible) al no ser titular del bien objeto del negocio ratificado y de la propia ratificación. La protección del tercero adquirente del ratificador (mantenido en su adquisición tras la ratificación) no lo será en tanto que excepción a la retroactividad de la ratificación, sino por ineficacia de esta en ese momento concreto. Igualmente habrá que tener en cuenta si la ratificación tuvo lugar en tiempo idóneo, cuando la relación jurídica afectada exija que sea tempestiva (prescripción, caducidad, plazo convencional esencial), porque en otro caso la ratificación puede resultar ineficaz y será improcedente debatir sobre el alcance de la retroactividad (a que no ha lugar por esa ineficacia).

En resumen: dada la variedad casuística —terceros, derechos adquiridos, contratos—, es difícil pensar en un criterio único o prevalente para resolver las cuestiones planteadas, ni cabe dar una solución general (retroactividad sí-retroactividad no) porque las hipótesis son muchas, en función de con quién contratan los terceros (*dominus*, cocontratante), tipos de negocios en conflicto (el del *falsus procurator*-cocontratante y el del tercero con uno de aquellos) y su eficacia jurídico-real u obligacional, así como la compatibilidad o no de tales negocios y de sus efectos, la buena o mala fe del tercero, etc. Las reglas aplicables son también varias y los razonamientos múltiples; no pocas las soluciones, algunas harto discutibles.

3. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO (NEGOCIO FALSO-REPRESENTATIVO) PARA SU INSCRIPCIÓN: DEFECTOS SUBSANABLES O INSUBSANABLES

3.1. PLANTEAMIENTO Y PROBLEMAS GENERALES. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Presentado en el Registro de la Propiedad el contrato falso-representativo, ha de ser calificado por el registrador (art. 18 y concordantes LH), entre otros aspectos, en cuanto a la «capacidad de los otorgantes», entendida esta en sentido amplio y comprensiva de la legitimación —cfr. Resolución de 17 de febrero de 1994, que la consideró como concepto «englobado dentro del concepto genérico de capacidad de los otorgantes que el artículo 18 LH sujeta en todo caso a calificación»¹⁵—. La situación del otorgante sin poder suficiente y la situación objetiva del negocio hacen inviable la inscripción en el Registro, y dará lugar a una calificación negativa, sea denegatoria o suspensiva.

No entraré en el debate general acerca de los defectos subsanables e insubsanables *ex artículo 65 LH*¹⁶, y limitándome al caso y problema del contrato del representante sin poder hay que constatar enseguida que la doctrina está dividida. SANZ FERNÁNDEZ consideró como subsanable el defecto de ese contrato, por estimar conceptos análogos a los de subsanables (orden registral) los civiles de convalidación, confirmación y ratificación; tesis que asume DÍEZ-PICAZO¹⁷. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE adoptó inicialmente una posición contraria (defecto insubsanable), luego más abierta¹⁸. ARNÁIZ EGUREN maneja varios criterios de distinción de unos y otros defectos, y concluye: «las faltas tienen el carácter de insubsanables cuando la publicidad provisional del título es imposible por inviabilidad del juego de los principios de inscripción, especialidad, prioridad o trato o nociva por previsión legal, y la insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente, puesto que la finalidad de la anotación es extender la exactitud y el conocimiento del Registro hasta donde sea posible»¹⁹. GARCÍA GARCÍA ha aportado el criterio que creo más razonable, atendiendo al de la prioridad y al de la retroactividad, que resume así: «Motivos de suspensión o defectos subsanables son aquellos que permiten mantener la fecha de prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, pudiendo ser superados, enmendado o subsanados con efecto retroactivo, ganando eficacia definitiva la citada fecha de prioridad del asiento de presentación. Motivos de denegación o defecto insubsanable son aquellos que, aun pudiendo subsanarse o enmendarse, no permiten mantener la fecha de prioridad registral más allá de la duración de las ciento de presentación, quedando borrada retroactivamente esa fecha cuando transcurra dicho plazo o sus prórrogas sin haberse desvirtuado la consideración del motivo de denegación como tal»; y, a partir de esas ideas, si bien en 1978 sostenía²⁰ que antes de la ratificación el contrato representativo comporta motivo de denegación por defecto insubsanable, porque la ratificación

no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero, posteriormente ha matizado su postura «[confirmando] la configuración de la falta de ratificación como defecto insubsanable cuando surjan terceros en el ínterin, sin perjuicio de la posibilidad de configurarlo inicialmente como defecto subsanable, susceptible de anotación preventiva, pero sin perjuicio de los terceros que inscriban en el ínterin, pues en tal caso el defecto subsanable se convertirá en insubsanable. A tal efecto, no estaría de más que cuando se extendiera anotación preventiva por defecto subsanable, a solicitud del interesado, se expresara que la misma se practica sin perjuicio de los derechos de terceros que puedan inscribir o anotar en el ínterin, con lo que de bien poco sirve esa anotación preventiva»²¹. GÓMEZ GÁLLIGO distingue según se trate de relación representativa en que no se justifique el poder o se trate de poder insuficiente, en cuyo caso adolece de defecto subsanable en la medida en que la actuación del apoderado puede ser ratificada (art. 1727-2.º CC), y el supuesto de gestión de negocios ajenos sin mandato (actuación de quien no es titular pero sin alegación de ser causahabiente o apoderado del mismo: art. 105 RH), supuesto que determinaría una calificación denegatoria (art. 20 LH), «ya que aunque el titular registral puede ratificar antes de ser revocado por la otra parte contratante (arts. 1259 y 1892 CC) tal ratificación no tiene efectos retroactivos en perjuicio de adquirentes de derechos intermedios, esto es, no se retrotrae los efectos de la ratificación al asiento de presentación primitivamente practicado (cfr. Resolución de la DGRN de fecha 3 de marzo de 1953)»²². Se inclina también por la tesis denegatoria ÁVILA NAVARRO, que cito ampliamente más adelante²³.

En la jurisprudencia registral también hay soluciones en ambos sentidos; y frente a cierta doctrina solvente, a sentencias del TS (como las de 31 de enero de 1978 y 22 de octubre de 1999) y Resoluciones de la DGRN que han puesto el acento en la no inscripción del negocio falso-representativo por la irretroactividad de la ratificación en perjuicio de terceros (véase la de 28 de mayo de 2013 y las en ella citadas), cabe presentar otras que sí apreciaron en aquel contrato un defecto subsanable: así, la de 3 de marzo de 1953, relativa a una cesión de bienes en pago de un crédito hipotecario, contempló y no desautorizó la suspensión de inscripción por insuficiencia de poder y anotación preventiva pertinente²⁴; la de 24 de mayo de 1974 confirmó la calificación del registrador declarando subsanable el defecto discutido por ser posible la ulterior ratificación; igualmente calificaron aquel contrato como afecto de falta subsanable las Resoluciones de 20 de octubre de 1994 (mantuvo la calificación del registrador de defecto subsanable y anotación preventiva de suspensión en un caso de contrato de representante con poder extinguido, pendiente de ratificación), de 11 de diciembre de 1997, de 2 de diciembre de 1998 (porque hubo denegación definitiva de la inscripción «con la prioridad de la venta en el Registro»), de 9 de enero de 2003 (suspensión de la inscripción mientras no se acredite la representación o se ratifica la enajenación), de 25 de mayo de 2007 (anotación

preventiva de suspensión por defecto subsanable), entre otras. Son, en mi opinión, demasiadas Resoluciones esas, favorables a la calificación como defecto subsanable, para no prestarles más atención.

Por otro lado, las Resoluciones de 12 de mayo de 1992, 23 de octubre de 1999, 24 de octubre de 2001 y 30 de marzo de 2005 (citadas por la de 28 de mayo de 2013) dicen ser «criterio básico para diferenciar una u otra falta la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título una vez que sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que solo es posible en el caso de los defectos subsanables», de lo que deducen la relevancia de la retroactividad de la ratificación en la calificación del contrato falso-representativo. Disiento, sin embargo, de su valoración por cierta doctrina y aplicación en no pocos casos por el Centro Directivo. Me parece inadecuado aplicar de forma apriorista y tan energética (como *básico*) ese criterio de la relación retroactividad de la ratificación/protección de terceros porque la protección del eventual tercero no debe influir en la calificación inicial del contrato del *falsus procurator*, sino que debe llevarse al momento de la ratificación, por la ineficacia de esta si le perjudica, ya que tal ineficacia comporta su no retroactividad y frustra la prioridad de aquel contrato respecto de los derechos adquiridos *medio tempore* por tercero. Ello es congruente con el hecho de que la trascendencia de la ratificación dependerá de su propia eficacia/ineficacia, y si es ineficaz —sea por causa intrínseca o porque perjudica a tercero— no es retroactiva, con la repercusión dicha.

La cuestión, discutible, ciertamente, se ha debatido en otros foros profesionales. He aquí un planteamiento de esta cuestión entre registradores²⁵: «*Ratificación presentada con posterioridad a una anotación preventiva*: Presentada escritura de dación en pago de deudas, se suspendió su inscripción por no acreditarse la existencia del poder a favor del representante del cedente, tomándose anotación preventiva por defecto subsanable a solicitud del interesado. A continuación se presenta una anotación de embargo dirigida contra el cedente, y con posterioridad se presenta la oportuna ratificación del contrato primeramente presentado por el cedente, solicitando la conversión en inscripción de la anotación por defecto subsanable que en su día se practicó. Surge la duda acerca de si la conversión se practicará arrastrando la anotación de embargo. Cabe recordar un supuesto muy similar contemplado por la Resolución de 3 de marzo de 1953 en el que la Dirección General estableció que, si bien la ratificación en general tiene efectos retroactivos *inter partes*, y constituye por sí una declaración de voluntad recepticia, referida a un negocio que no es propiamente inexistente, sino sujeto a una *conditio iuris*, frente a terceros no puede perjudicar los derechos legalmente adquiridos por ellos en el ínterin. No constando el poder en documento público, como exigen los artículos 1280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, no puede perjudicar al anotante por embargo, de modo que la Dirección General estimó la imposibilidad de conversión en este caso. En la reunión se concluyó,

pese a lo discutible de tal doctrina, dados los efectos propios de la anotación de suspensión, cuyo fin es precisamente poner a todos al corriente del estado de la finca mientras subsiste, haciendo las veces del asiento definitivo a que tiende y produciendo mientras el efecto de cierre a los títulos contradictorios (arts. 17, 20 y 71 LH), en la posibilidad de conversión pero arrastrando la carga de la anotación de embargo».

Veamos ahora más de cerca las dos posibilidades (razonamientos, crítica) de calificación del contrato falso-representativo.

3.2. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO COMO AFECTO DE DEFECTO SUBSANABLE

Junto a las razones recién apuntadas, tal calificación puede apoyarse en estas otras: *a*) la situación y eficacia jurídico-real del contrato del representante sin poder, aún provisional, está protegida por el artículo 1259-2.^º del Código Civil (y el 1727-2.^º), que prevé como natural la ratificación (y posible eficacia futura), lo que justifica la suspensión de la inscripción por defecto subsanable, atendiendo al criterio específico del contenido del título (art. 65 LH), porque en otro caso queda aquel desprotegido en el tráfico jurídico inmobiliario-registral; *b*) admitida sin objeción la inscripción del contrato sometido a condición suspensiva, ineficaz hasta tanto se cumpla el hecho condicionante y con eficacia retroactiva al producirse este (art. 1120 CC) —la cual no ha impedido aquella calificación—, no difiere mucho la del contrato falso-representativo, igualmente ineficaz y sujeto al cumplimiento de una *conditio iuris*, la ratificación —calificación que viene dándole la Dirección General de Registros en Resoluciones de 3 de marzo de 1953 y 25 de mayo de 2007, entre otras—; *c*) entiéndese —así lo considera la mejor doctrina especializada²⁶— como defecto subsanable el del contrato anulable en cuanto susceptible de confirmación, de eficacia retroactiva y posible también de dar lugar a derechos de terceros adquiridos *medio tempore* —frente al contrato nulo de pleno derecho, de calificación denegatoria por insubsanable—; *d*) diferencias dogmáticas y funcionales aparte, el negocio falso-representativo es de mejor calidad jurídica que el anulable, inválido este y solo ineficaz aquél, que no «nulo» —su defecto no es *de* (sino *en*) un elemento esencial (igual que en el anulable)—, y aptos ambos de ser sanados por medio de una declaración de voluntad del interesado: no se comprende bien un trato tan diferente que derivaría de la calificación de defecto insubsanable del contrato representativo, no obstante ser distinto el régimen de su retroactividad²⁷; *e*) en el plano registral, dado que interesa sobre todo la exactitud de los libros del Registro y la publicidad (aún provisional) de los actos y contratos de contenido jurídico-real tipificados y protegidos por el ordenamiento jurídico (cfr. art. 1259 CC), la presunción sobre el juego futuro de la retroactividad de la ratificación debe ser a favor de la subsanabilidad del defecto (Resolución de 24

de octubre de 2001), y la insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente (ARNÁIZ EGUREN).

Creo que la interrelación de la eficacia retroactiva de la ratificación y la protección de esos terceros —razón invocada para calificar como defecto insubsanable— es susceptible de otra interpretación y argumentación:

- a) En cuanto a su influencia en dicha calificación debe tomarse en consideración en los términos del artículo 65 LH (atenderá el registrador al contenido, las formas y solemnidades el título y a los asientos del Registro con él relacionados). Pues bien: por lo que respecta al «contenido» aludido, entra en juego la retroactividad del negocio; y dado que el del *falsus procurator* puede tener eficacia retroactiva si hay ratificación, antes de esta convalidación, cuando nada se sabe sobre una eventual ratificación retroactiva, es merecedor de suspensión por defecto subsanable; porque si no es retroactiva en caso de perjuicio de tercero, la calificación definitiva de la ratificación posterior deberá ser negativa ya que no sana el negocio representativo con fecha del asiento de presentación sino con la de la ratificación, y al ser de fecha posterior a la de la adquisición de derechos por el tercero, se imponen estos por su prioridad sobre los efectos del contrato ratificado (referidos al momento de la ratificación).
- b) Por otro lado, la valoración y repercusión jurídica de la retroactividad y la protección de terceros es propia de otro momento cronológico y jurídico (quizá, incluso, de discusión ante los tribunales), cuestión de Derecho material en la que no debe interferir el razonamiento de tipo formal-registral de la calificación positiva (defecto subsanable) o negativa del contrato del *falsus procurator*; porque el calificar como defecto insubsanable puede dejar prejuzgado el conflicto de intereses subyacente dando primacía a los eventuales derechos de tercero —que, además, no siempre la merecen—, lo que no compete al registrador sino a los tribunales (cfr. Resolución de 24 de octubre de 2001, que manejó un argumento parecido, y dijo que «en caso de duda, los defectos han de considerarse subsanables, pues, si por error, un defecto insubsanable se considera subsanable, en definitiva no podrá subsanarse»). La calificación, «limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción» (art. 101 RH) no debe afectar a las consecuencias estrictamente sustantivas del negocio²⁸.

La calificación negativa de dicho contrato como afecto de defecto insubsanable porque puede ir contra los derechos adquiridos por tercero, con la generalidad que algunos pretenden, puede cerrar el Registro a muchos contratos (y perjudicar a muchos contratantes) que nada tienen que ver con la aleatoria ilesión de ter-

ceros, ya que las más de las veces no los hay, y otras puede resultar ineficaz la ratificación por otra causa. Quede para ese caso y momento el enfrentamiento entre el negocio falso-representativo anotado (por defecto subsanable) y el acto o contrato celebrado *medio tempore*, cuyo conflicto y solución no siempre dependerá de la retroactividad de la ratificación, sino del juego funcional de otras reglas (por ejemplo, legitimación para ratificar, principio de prioridad registral). El control de legalidad de la calificación registral, exclusivamente a efectos de la publicidad registral (cfr. art. 101 RH), no debe entrar a considerar el eventual conflicto de intereses y la protección de uno determinado, el del tercero.

Por lo demás, la mecánica funcional registral es conocida: denegada la inscripción por defecto subsanable, queda constancia de la misma y de su fecha en el asiento de presentación en el Diario (art. 24 LH), y puede haber lugar a anotación preventiva (art. 42-9.º LH y concordantes) a petición del solicitante, con los efectos correspondientes, que no tengo que recordar²⁹. Sobre ella incidirá la ratificación, que puede tener acceso autónomo al Registro de la Propiedad como acto susceptible de creación o modificación jurídico-real y relevancia registral³⁰. Si la ratificación aparece en documento único (no acompañado por el originario cuya inscripción se suspendió) deberá contener, si no el contrato ratificado literalmente, sí los elementos esenciales y contenido material del mismo (perfecta identificación subjetiva y objetiva), con la remisión pertinente que proceda. Presentada en documento hábil y objeto de asiento de presentación en el libro Diario, se procederá a su valoración y calificación ulterior: (i) Si esta es positiva —por su retroactividad, caso ordinario— se lleva su contenido ratificatorio al asiento de anotación preventiva (si fue practicada) del contrato falso-representativo, al que completa y permite la conversión de la anotación preventiva en inscripción del contrato (válido y eficaz ya); a falta de anotación se acordará directamente la inscripción del contrato representativo. (ii) Si es objeto de calificación negativa porque su retroactividad perjudica a derechos legítimamente adquiridos por tercero que consten en el Registro, impedirá la inscripción del contrato representativo y quedarán a salvo efectivamente los derechos del tercero: solución que dieron la Resolución de 3 de marzo de 1953 y muchas otras que he citado. De todas formas, la incidencia de la ratificación sobre el contrato del *falsus procurator* y sobre los derechos del tercero dependerán del momento en que ella acceda al Registro: dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación de dicho contrato o de la anotación preventiva, o una vez caducado ese asiento.

3.3. CALIFICACIÓN COMO TÍTULO CON DEFECTO INSUBSANABLE

Esta es la tesis que defiende, como regla general, GÓMEZ GÁLLIGO³¹ —y que ÁVILA NAVARRO, P., hace suya³²—: consideran que el contrato y escritura otorgados

sin poder suficiente determinaría «una calificación denegatoria (art. 20 LH), ya que aunque el titular registral puede ratificar antes de ser revocado [el contrato] por otra parte contratante (arts. 1259 y 1892 CC) tal ratificación no tiene efectos retroactivos en perjuicio de adquirentes intermedios, esto es, no se retrotrae los efectos de la ratificación al asiento de presentación primitivamente practicado (cfr. Resolución de la DGRN de fecha 3 de junio de 1953)»³³. A partir de ahí añade ÁVILA NAVARRO que «no puede admitirse una anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable (como la había en el caso de la Resolución [de 1953]; el defecto es insubsanable), ni se puede admitir que la ratificación se aporte al Registro como un documento complementario, como si fuera la copia del poder, bajo el mismo asiento que el acto ratificado; la ratificación debe ser objeto del nuevo asiento de presentación, como otorgamiento sustancial que es, y ese nuevo asiento es el que definirá la prioridad de toda la actuación del gestor frente a los actos posteriores a ella»³⁴.

No obstante el respeto que me merecen estas valiosas opiniones, sigo pensando: (i) que la retroactividad de la ratificación que tomar en consideración a la hora de la inicial calificación del contrato falso-representativo es la de la ratificación en caso ordinario —que permite la suspensión de la inscripción por defecto subsanable y anotación preventiva—, no la negativa, que solo procedería cuando aparezca perjuicio de tercero a la llegada de la ratificación al Registro, momento en que procederá la calificación negativa (por el perjuicio del tercero que accedió al Registro *medio tempore*): fue precisamente esa la forma en que resolvieron el problema las Resoluciones de 3 de marzo de 1953, 11 de diciembre de 1997, 2 de diciembre de 1998, 25 de mayo de 2007, entre otras; y (ii) que dicho contrato —que la jurisprudencia viene considerando como válido, aun ineficaz (cfr. sentencias de 23 de octubre de 1980, 27 de marzo de 1987, 11 de octubre de 1990 y 18 de febrero de 1992), pendiente de la *conditio iuris* de su ratificación— no es contrato nulo (como dice el art. 1259-2.º, culpable quizá de la tesis contraria), sino imperfecto, negocio de formación sucesiva, cuya perfección reconoce nuestro ordenamiento como algo normal y por ello lo protege (art. 1259-2.º CC): de ahí mi propuesta anterior de interpretar tal situación y su calificación (negativa) a favor de la subsanabilidad del defecto.

Una perspectiva desde la que podrían surgir dificultades para la tesis que propongo sería por culpa de los efectos de la anotación preventiva de suspensión, cuya finalidad y función se basa en la retroactividad de la inscripción futura, con lo que solo se justificaría en la posible aparición de derechos de tercero: que no sean protegidos estos mientras el negocio falso-representativo sea ineficaz³⁵. En esa inteligencia no parece, ciertamente, muy clara la eficacia-utilidad de la anotación preventiva —GARCÍA GARCÍA lo dice de otra manera: «...con lo que de bien poco sirve esa anotación preventiva»—, porque si se practica un asiento intermedio a favor del tercero (anotación de embargo, por ejemplo) sería necesaria una nueva calificación de la ratificación dando prioridad a ese tercero, y la

anotación de suspensión apenas habría servido para nada —sería una anotación condicionada a que no surjan derechos de terceros, cuando su finalidad esencial se funda precisamente en la posibilidad de que aparezcan estos—.

Ello no obstante, creo que sigue habiendo razones para defender la oportunidad de la calificación de referencia como defecto subsanable: *a) Unas veces no habrá anotación preventiva del mismo (es solo a petición de parte), con lo que no ha lugar a aquella objeción, y la sola nota de suspensión da al contrato la publicidad provisional y protección registral en congruencia con la sustantiva ex artículo 1259 del Código Civil (garantiza una retroactividad de la inscripción si llega la ratificación).* *b) Si se practica la anotación preventiva de suspensión y no hay derechos adquiridos del tercero se amplía el plazo (cfr. arts. 17 y 96 LH) para el acceso al Registro de la ratificación —en realidad, no tanto por la sola anotación preventiva sino por la posibilidad de su prórroga—, con beneficio para el contrato y titular correspondiente, amén de la publicidad y protección provisional dichas.* *c) Si hubo anotación de suspensión y luego derechos adquiridos por tercero, cuando llegue la ratificación hay que calificarla (por su valor sustancial y ser objeto del nuevo asiento) en relación con el contrato falso-representativo y con los derechos de tercero: cierto que habrá servido para poco dicha anotación —porque la prioridad que hubiera debido garantizar cede ante los derechos de tercero—; pero esa inocuidad-inutilidad de la anotación de suspensión es un mal menor (una disfunción del sistema registral tal como está regulado: no es el único caso) frente a otros mayores si se pone nota de defecto insubsanable (no publicidad provisional, desprotección registral del adquirente de derechos por medio de ese contrato hasta la ratificación).*

4. COMPATIBILIDAD DE LA RETROACTIVIDAD «SIN PERJUICIO DE TERCERO» CON LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO FALSO-REPRESENTATIVO

Me ocupo de esta concreta cuestión, aun a riesgo de repetir cosas dichas y argumentos ya expuestos, porque alrededor de ella giran buena parte de los razonamientos de la doctrina, de numerosas sentencias y de resoluciones traídas aquí para justificar una posición distinta de la que vengo sosteniendo.

En mi opinión, son perfectamente compatibles la suspensión de la inscripción del negocio falso-representativo por defecto subsanable y el principio de la retroactividad de la ratificación «sin perjuicio de tercero», en la que prestigiosos registradores y el Centro Directivo ven el principal obstáculo a la calificación de dicho contrato como inficionado de defecto subsanable. Mi diferente criterio al respecto radica en la generalidad y (aparente, al menos) uniformidad con que abordan la cuestión, frente a lo que yo pienso que hay que contemplar dos hipótesis y situaciones: el caso tipo, de genérica eficacia retroactiva de la rati-

ficación, y el específico (más que excepción) de la adquisición *medio tempore* por tercero de derechos, en que no ha lugar a retroactividad.

Para mejor ilación de mi razonamiento no será impertinente aludir en primer lugar —porque condiciona la argumentación— a la naturaleza y situación específica de aquel negocio, sobre todo en su estadio inicial, antes de la ratificación, y juego funcional de esta.

En efecto: Una de las cuestiones que influyen en el discurso jurídico sobre cualquier problema relativo al contrato de representante sin poder suficiente, tanto en el orden sustantivo como en el registral, es el de su particular naturaleza estructural y funcional. Entre las muchas explicaciones y teorías al respecto parece predominante hoy la que ve en él un contrato de formación sucesiva pendiente de su culminación con la ratificación, que le proporciona la declaración de voluntad que le faltaba, sin la cual no puede vincular al representado (ineficaz, por tanto, por inacabado)³⁶; negocio ese que se desarrolla dentro de coordenadas de corrección jurídica (cfr. art. 1259 CC), cuya situación antes y después de la ratificación protege nuestro ordenamiento, que lo contempla con relativa normalidad —la realidad jurídico-social lo confirma—, no como algo patológico o anormal.

Esa perspectiva y consideración implica: (i) que su esquema estructural y funcionamiento, adecuados a Derecho (precepto recién citado), no pueden ser ignorados, y su tratamiento jurídico-práctico no tiene que ser rigurosamente igual que el del contrato ordinario, de formación instantánea —por lo que es inadecuado hablar de «inexistencia» del contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación (como dijo la Resolución de 2 de diciembre de 1998, que cita y hace suya la de 28 de mayo de 2013) sin matizarla o explicarla—, sino que deberá adaptarse a su especificidad tanto en su etapa inicial —en que hay contrato iniciado, iter negocial válido, con ciertos efectos provisionales— como en el momento de su terminación (el de la ratificación); (ii) ese contrato merece protección jurídica en ambos momentos, aun no exactamente igual a la del contrato ordinario: es un negocio tipificado en el Código Civil, válido (no nulo) pero ineficaz; situación que no difiere demasiado de la de otros negocios válidos e ineficaces por depender del cumplimiento de un hecho incierto, sea condición voluntaria o *conditio iuris*; (iii) en la consideración definitiva del contrato falso-representativo adquiere particular relevancia el momento y mecanismo de su perfección y efectos por medio de la ratificación, con su eficacia retroactiva (caso ordinario), o no retroactividad si hay perjuicio de tercero (pero esto solo cuando haya tercero y haya perjuicio); eventualidad esta última que funciona no como supuesto y categoría general, sino en tanto que límite a la regla general de la retroactividad —que muchos consideran absoluta, con límites (más que excepción institucional) basados en el juego ordinario de otros principios y reglas—; (iv) las disfunciones o explicaciones no convincentes de la mecánica de la anotación preventiva de suspensión (*un posterius*) no deben interferir la

decisión (un *prius*) sobre la calificación negativa (denegación o suspensión de la inscripción), ya que tal calificación debe hacerse en función del título material *a se y protección registral* que merece, no en función de situaciones eventuales (posibles derechos de tercero) e hipótesis futuras (verosímil anotación preventiva).

Con tales presupuestos como punto de partida, creo que se puede enfocar la cuestión registral en estos términos:

- a) En el momento de la presentación de la escritura del contrato representativo en el Registro reúne los requisitos de título material apto para su acceso e inscripción (art. 2 LH) y ser tomado en consideración a los efectos del artículo 65 LH: no para su inscripción directa, desde luego (es contrato imperfecto aunque sanable) pero sí para la suspensión de la inscripción por defecto subsanable (razones antes expuestas).
- b) El único obstáculo para la eficacia de ese contrato es que la retroactividad de su ratificación pueda perjudicar a los derechos legítimamente adquiridos por tercero, lo cual está vedado por la regla jurisprudencial conocida; pero este obstáculo es eventual, y constituye limitación a la regla general: mientras no aparezca formalmente el hecho obstávilo, opera la regla de la validez del contrato con su eficacia típica suspendida.
- c) El tratamiento registral de dicho contrato debe ser paralelo al sustantivo, y en congruencia con su naturaleza y su situación aludida: la que tiene antes de la ratificación, no en función de una eventual adquisición de derechos por terceros (que ya se tendrá en cuenta cuando existan).

Aun así, la protección de los terceros queda a salvo, tanto por el juego de los principios generales (de buena fe, de prioridad registral, etc.) como por la ineficacia de la propia ratificación según la regla de la irretroactividad en perjuicio de tercero; ineficacia esa a que ha lugar solo si hay, efectivamente, derechos adquiridos por tercero *medio tempore*, por lo que no procede tomarla en consideración antes y con carácter general y apriorista. De ahí mi desacuerdo con el razonamiento de cierta doctrina y de la Dirección General, que aplican con carácter general (¿cuestión de principio?) la irretroactividad de la ratificación en perjuicio de tercero para deducir (con la misma generalidad) la calificación de defecto insubsanable del negocio falso-representativo —obsérvese el FJ 4 de la Resolución de 28 de mayo de 2013, y de las de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013, a que se remite—, y con el argumento genérico de otras Resoluciones: aquel «un criterio *básico* para diferenciar una u otra falta [...].» Este último razonamiento puede tener aplicación a otros casos (que los hay), pero no —en mi opinión— al del contrato falso-representativo, en que la posibilidad de retroactividad, o no, viene condicionada por la aleatoriedad de aparición de perjuicio de tercero, con lo que la calificación de defecto insubsanable quedaría subordinada al caso efectivo de tal perjuicio.

La solución que propongo responde razonablemente y de acuerdo con los parámetros legales a las *dos hipótesis* que sugiero distinguir: *a)* mientras no quede acreditada la existencia de derechos de tercero adquiridos *medio tempore*, y *b)* el supuesto en que hayan aparecido y consten registralmente estos derechos.

Sub a) En el primer caso, general, la escritura de contrato falso-representativo podrá y deberá ser calificada en principio como con defecto subsanable, dando lugar a suspensión de la inscripción y en su caso a anotación preventiva a la espera de la ratificación, momento en que, si llega, queda subsanado el defecto que motivó aquella suspensión, y se procederá a la inscripción del contrato —si hubo anotación preventiva, por conversión de esta en inscripción—, cuya fecha, «a todos los efectos que esta pueda producir», será la del asiento de presentación (art. 24 LH).

Sub b) Si antes del ingreso de la ratificación en el Registro acceden a este derechos de tercero, no habrá lugar a tomarla en consideración en ese orden por su no retroactividad en perjuicio de tercero. Esta ratificación es jurídicamente ineficaz frente a tercero y, por tanto, a efectos registrales, lo que justifica su calificación negativa.

5. REFERENCIA DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2013: ACUERDOS Y DESACUERDOS

Es evidente que la argumentación de la Resolución de 28 de mayo de 2013 está pensada eminentemente y va referida a la situación jurídica concreta que ella contempla y conflicto que pretende resolver; para los cuales, y respecto de la solución final que da a ese caso, poco tengo que objetar: a la hora de la calificación registral de la escritura de la primera hipoteca, deficiente de ratificación³⁷, ya había sido presentada en el Registro la escritura de la segunda hipoteca, por lo que era ostensible la adquisición por tercero (segundo prestamista) de derechos legítimos *medio tempore* (la única ratificación tuvo lugar semanas más tarde). En esas circunstancias era inevitable denegar la inscripción de la primera hipoteca, por la irretroactividad de la ratificación, como así decidió —con muy correcta y fundada argumentación— la registradora en su calificación y confirmó luego la Resolución comentada.

Mi objeción fundamental se refiere sustancialmente a estos aspectos —ya lo anticipé, e insisto porque me parece importante en esta consideración final—:

- a)* La generalidad y rotundidad con que se califica como afectada de defecto insubsanable la escritura de contrato de representante sin poder, tanto en esta Resolución de 28 de mayo de 2013 como en las de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013 (y otras que ellas citan), pues

creo que no siempre deberá hacerse de ello regla general y solución uniforme, y que sería más procedente distinguir los casos de negocio falso-representativo simple, sin aparición de derechos de tercero, y aquellos otros en que surjan estos derechos, en los términos recién aludidos.

- b) La importancia que dichas Resoluciones dan, también con carácter general, al criterio de la retroactividad en la calificación de los defectos como subsanables o insubsanables, criterio que algunas Resoluciones (las de 12 de mayo de 1992, 23 de octubre de 1999, 24 de octubre de 2001 y 30 de marzo de 2005, que las recientes mencionadas citan y hacen suyo) dicen ser «básico» para diferenciar una u otra falta. Aunque es evidente la importancia de dicho criterio y de la retroactividad a efectos de la calificación registral, disiento de aquellas en la relevancia primordial que se le da y el juego general e indiscriminado atribuido, lo que no coincide (y en algún caso puede contradecir) con los criterios que apunta el artículo 65 LH ni con la limitación de los efectos de la calificación a los de extender, suspender o denegar la inscripción más la posibilidad de procedimiento judicial sobre la validez o nulidad del título, cuyo resultado no prejuzgará (art. 101 RH): pues la denegación sistemática y apriorista de la suspensión de la inscripción del contrato falso-representativo va a prejuzgar en la práctica, en no pocas ocasiones, la eficacia de este título material; amén de dejar sin protección registral un contrato tipificado y que el Código Civil protege especialmente en su fase de pendencia y de eficacia provisional limitada.
- c) La excesiva reiteración, sin novedad alguna en el razonamiento, de viejos esquemas y argumentos, con la reproducción de alguna jurisprudencia (poco original en esta materia) y muchas Resoluciones anteriores, autorreproductivas y «endogámicas». Tanto aquella como estas han sido demasiado parcas en la justificación de cuestiones tan debatidas como las que ahora me ocupan —que en otros ámbitos científicos, legales y judiciales han merecido amplia atención y debates—. Hay, por otra parte, situaciones y perspectivas (por ejemplo, ratificaciones ineficaces por defecto estructural, o por legitimación insuficiente, y no plena) que han pasado inadvertidas, o han quedado parificadas, en las muchas Resoluciones que cita la que ahora comento.
- d) Desacuerdo también con la afirmación jurisprudencial y de la Dirección General (innúmeras Resoluciones) en el sentido de que la retroactividad de la ratificación es plena *inter partes* y no afecta a terceros; porque (i) la «plenitud» aludida es variable dentro de una amplia gama de supuestos (tipo de contrato, protagonistas), los interesados pueden modularla (no es regla de Derecho imperativo, sino dispositivo), queda subordinada a su corrección temporal y formal cuando la relación jurídica sobre la que proyecta sus efectos está sometida a un plazo

concreto, y los efectos generales de la retroactividad de la ratificación respecto de la vida y avatares *medio tempore* del negocio son diversos; y (ii) la no afectación de la ratificación a terceros (derechos adquiridos) no depende siempre de la retroactividad de la ratificación, sino de la ineficacia de la misma (a veces, por otros motivos), y en ocasiones la protección de terceros no es por la no retroactividad de la ratificación, sino por otros mecanismos jurídicos de general protección de esos terceros.

Sorprende un tanto que la Resolución de 28 de mayo de 2013 no haga ninguna referencia ni haya aprovechado como argumento denegatorio el que en el contrato de la primera hipoteca hubo defecto de legitimación no solo por parte del banco prestamista (actuó un solo apoderado mancomunado) sino también respecto de la entidad prestataria, la cooperativa, representada en la ocasión por un mandatario verbal del que no consta qué representación tuviera ni que ratificara luego la representada³⁸. La falta de esa segunda ratificación hace el contrato definitivamente ineficaz, y proporciona un argumento (complementario) para denegar su acceso al Registro con más energía que la irretroactividad de la ratificación habida.

También echo en falta que, siquiera fuera a efectos dialécticos, no haya tomado en consideración la Resolución de referencia la distinción que hace cierta doctrina prestigiosa entre el supuesto de ausencia absoluta de poder y el de poder insuficiente, caso este para el que GÓMEZ GÁLLIGO considera que adolece el contrato de falta subsanable «en la medida que puede ser posteriormente justificado el poder o puede ser el negocio ratificado por el dueño (cfr. art. 1727-2.º CC)». En el otorgamiento de la primera hipoteca actuó un solo apoderado mancomunado: había poder, pero insuficiente, porque se requería la actuación representativa de los dos apoderados. ¿Podría haberse aplicado ese criterio y calificado como defecto subsanable? Aunque aquella distinción no me convence en un planteamiento general de la cuestión³⁹, hubiera sido interesante que abordara el Centro Directivo y diera su opinión al respecto —no tengo noticia de que lo haya hecho en ocasión anterior alguna⁴⁰—, ya que no es un caso insólito y el problema ha quedado planteado por un autor calificado.

NOTAS

¹ He aquí la fundamentación de esta Resolución: «3. La ratificación de un contrato autorizado sin poder de representación o con extralimitación del poder, prevista en los artículos 1259 y 1727, párrafos segundos, del Código Civil, tiene, como la confirmación de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1309 y 1310 del Código Civil, remotos precedentes en la *ratihabitio* romana, y su concepto ha sido elaborado por la doctrina y desenvuelto por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 7 de mayo de 1897, con notas peculiares que

deslindan ambas instituciones y señalan sus características, si bien reconocen la analogía de algunos de sus efectos. La ratificación produce, en general, efectos *ex tunc* entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia. Los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros, como reconoce la jurisprudencia y gran parte de los comentaristas, y como se deduce también del artículo 184 del Código Civil alemán y prescribe el artículo 1399 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución (sentencias del TS de 23 de octubre de 1980, 12 de diciembre de 1989 y 22 de octubre de 1999 y Resoluciones de esta Dirección General, de 3 de marzo de 1953 y 25 de mayo de 2007). En este sentido, la citada sentencia del TS, de 12 de diciembre de 1989, afirma que: "Es doctrina reiterada de esta Sala [...]. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia del mismo Tribunal de 22 de octubre de 1999. Y este mismo criterio es asumido, como no podría ser de otro modo, por la doctrina de este Centro Directivo, y en este sentido se pronuncia, entre otras, la Resolución de 2 de diciembre de 1998, según la cual: "de conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 del Código Civil [...]"". 4. Examinada la cuestión de la falta de efecto retroactivo de la ratificación en perjuicio de tercero desde una perspectiva no puramente civil, sino registral, las conclusiones anteriores se confirman. En efecto, como ha declarado este Centro Directivo en distintas ocasiones (vid. Resoluciones de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013), el artículo 65 LH establece que las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Esta distinción entre las dos clases de defectos, forma parte de la propia calificación registral, dando lugar a la suspensión de la inscripción en caso de defectos subsanables y a la denegación en caso de defectos insubsanables (cfr. arts. 19 bis-2.º, 65 y 66 LH, entre otros), y todo ello a los exclusivos efectos registrales conforme señala el artículo 101 RH, sin prejuzgar otros ámbitos. El primer efecto de la calificación de un defecto como insubsanable es la imposibilidad de extender anotación de suspensión. El artículo citado reseña de un modo orientativo los pautas a las que puede atender el registrador para calificar un defecto de un modo u otro: el contenido del documento, las formas y las solemnidades y los asientos del Registro. Como ha sostenido este Centro Directivo en numerosas Resoluciones (cfr. Resoluciones de 12 de mayo de 1992, 23 de octubre de 1999, 24 de octubre de 2001 y 30 de marzo de 2005) un criterio básico para diferenciar una u otra falta es la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título una vez que sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que solo es posible en el caso de los defectos subsanables. Por el contrario, mediando un defecto insubsanable o motivo de denegación, y no de mera suspensión, no es posible mantener la prioridad derivada del asiento de presentación del título defectuoso, siendo definitiva la ineficacia registral del título. Se conjugan de esta manera los artículos 17 y 25 LH, precepto este último que considera fecha de inscripción para todos los efectos que esta deba producir la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, con el artículo 65 de la misma Ley. En los supuestos de negocio otorgado en representación de otro sin poder o con poder insuficiente el Código Civil considera que el negocio es nulo. Su posible ratificación ha llevado a considerar estos negocios bien como nulos, pero con una nulidad susceptible de convalidación; bien como negocio inexistente en tanto no se ratifique; o bien, por último, como un negocio sujeto a la *conditio iuris* de la ratificación (cfr. Resolución de 25 de mayo de 2007). Cualquiera que sea la posición que se adopte, se trata de un negocio incompleto en el momento de la presentación del título, con eficacia *inter partes* desde el momento que se produzca la ratificación y con inoponibilidad a terceros que hayan adquirido algún derecho en el «medio tiempo». Todo ello conduce a la consideración del defecto como insubsanable. Si sustantivamente el negocio ratificado solo produce efectos *inter partes* y no frente a terceros,

con mayor razón y tomando en consideración el principio de prioridad, y la calificación del defecto como insubsanable, tampoco puede existir este efecto en el plano registral (fuera de ciertos limitados supuestos en que se admiten en nuestro Derecho negocios sobre el rango registral). Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999 y 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación inicial en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Esta doctrina debe ser aplicada cuando el defecto de un documento ha sido calificado como insubsanable, con posterioridad se presentan documentos contradictorios al mismo, y más tarde se presenta el documento que puede remover el obstáculo del que se presentó originariamente. Este último documento debería ser objeto de nueva presentación porque la prioridad registral operará desde que se verifique la última presentación practicada (cfr. Resoluciones de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013).

² «Que los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros, como declaran la sentencia de 25 de junio y la Resolución de 29 de octubre de 1946, reconocen gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código Civil alemán y prescribe el artículo 1399 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución. Que la escritura de cesión otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cessionarios, según lo dispuesto en los artículos 1280-5.^o del Código Civil y 3 LH, no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada por el artículo 44 de dicha Ley, porque aquel documento careció en su origen de plena eficacia jurídica [...].»

³ En el mismo sentido, el artículo 1288-4.^o de la *Propuesta de Modificación del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* de la Comisión General de Codificación (2009): «La ratificación tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos que, entre tanto, otras personas hayan adquirido».

⁴ Discutida la cuestión entre los romanistas, se ha negado que el efecto retroactivo de la ratificación fuera el principio general para el Derecho clásico (cfr. WACKE, A., «*Ex post facto convalescere* en Derecho romano y Derecho alemán moderno», en *ADC*, 2000-4, pág. 1388), y parece que aquella se dio solo en el Derecho justiniano, por considerarse interpolados los textos más conocidos del Digesto: D, 45, 8, 24, 1; D, 46, 3, 58, 2; D, 46, 3, 71, 2 (*postea autem rescerit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit, nullius momenti est*). Así (Derecho justiniano) aparece en C, 5, 16, 25, 2 (*de donat. int. vir. et uxor.): sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt*). Se discutió, por otra parte, si en Derecho romano tenía eficacia retroactiva la ratificación de la adquisición de la posesión por el gestor sin mandato, prevaleciendo la opinión negativa (SCIALOJA); y ya se estableció allí que la ratificación no puede perjudicar los derechos de terceros nacidos entre la conclusión del negocio por el gestor y el momento en que ella tiene lugar (D, 20, 1, 16, 1). El *ius commune* prestó especial atención a la retroactividad de la ratificación, fue muy debatida en él, tanto en lo que afectaba a tal generalidad (frente a casos concretos) como a su alcance: cfr. BERTOLINI, C., *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, cit., t. I, pág. 75 y sigs. —con referencia a la posición de CUIACIO y otros—; PACCHIONI, G., *Della gestione degli affari altrui*, Padova, 1935, pág. 464 y sigs.; y WACKE, A., *op. loc. cit.*

⁵ § 184 BGB: «La ratificación se retrotrae al momento de la celebración del negocio jurídico, salvo que se haya dispuesto otra cosa. Mediante la retracción no devienen ineficaces las disposiciones sobre el objeto del negocio realizadas antes de la ratificación por el de ratificador, en el curso de la ejecución forzosa o derivada de embargo, o que ha llevado a cabo el administrador concursal». *Artículo 1399.2 del Código Civil italiano*: «La ratificación tiene efecto retroactivo, pero quedan a salvo los derechos de los terceros». *Artículo 268.2 del*

Código Civil portugués: «La ratificación está sujeta a la forma exigida para el poder y tiene eficacia retroactiva, sin perjuicio de los derechos de tercero». En cuanto al *Common Law*, cfr. BROWN, I., *Commercial Law (Part One: The Law of Agency)*, London (Butterworths), 2001, pág. 35 y sigs.

⁶ Reconocen la retroactividad de la ratificación en la doctrina española, sin objeción alguna, entre otros, TRAVIESAS, M., «La representación voluntaria», en *R.D.Priv.*, 1922, julio-agosto, pág. 207; BONET RAMÓN, F., «Comentario al artículo 1727 del Código Civil», en el *Código Civil* de MUCIUS SCAEVOLA, t. XXVI-2.^º, Madrid, 1951, pág. 506 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. I-2.^º (14.^a ed., a cargo de DE LOS MOZOS, J. L.), Madrid [Reus], 1984, pág. 864; MANRESA-MORENO MOCHOLÍ, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII-2.^º, Madrid, 1967, pág. 468; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La gestión de negocios ajenos», en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948, pág. 475; NÚÑEZ LAGOS, R., «La ratificación», en *R.D.Not.*, 1956, pág. 45; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid [Tecnos], 1969, pág. 227 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. I, cit., ed. 1983, pág. 419 (pág. 756, ed. 2009); DÍEZ-PICAZO, L., *La representación*, cit., pág. 238 y sigs.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, t. I-3.^º [ed. 1990]), pág. 331; LEÓN ALONSO, J. R., «Comentario al artículo 1727 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXI-2.^º, 1986, pág. 393 y sigs. MUÑOZ DE DIOS, G., «La ratificación: retroactividad y derechos de terceros», en *La Ley*, 1984-2, pág. 1166 y sigs.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la sentencia del TS de 12 de diciembre de 1989», en *CCJC*, núm. 22 (enero-marzo de 1990), pág. 113 y sigs.; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (dir.: ALBALADEJO), Madrid, 1993, t. XVII-1.^ºA, pág. 537 y sigs.; GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 1727 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, t. II, pág. 1570; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona (Aranzadi Ed.), 1998, pág. 215 y sigs.; COLÁS ESCANDÓN, A. M., *La ratificación*, Granada (Ed. Comares), 2000, pág. 504 y sigs.

⁷ «La ratificación o confirmación de un contrato —dijo la sentencia de 1897— lo convierte desde el momento de su celebración y no desde la fecha de la confirmación» (se refería a contrato hecho por un tercero sin poderes para ello). Y la de 1940: «[...] lo que no obsta para que la ratificación tenga, en algunos puntos, marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo como esta ser tácita [...], y siéndole propio un efecto retroactivo, análogo al de la confirmación, según fue declarado por la sentencia de este Tribunal de 7 de mayo de 1897».

⁸ Me refiero a las teorías de la ficción legal, elevada por el legislador a precepto positivo; la que dice que la retroactividad permite obtener una realidad jurídica actual equivalente a la que habría en el primer momento jurídico; la que dice tener valor meramente declarativo, no creador de efectos; la teoría de la voluntad presunta de las partes, que deviene fundamento de la retroactividad. Me he ocupado de estas cuestiones, tanto del fundamento de la retroactividad en general como del de la retroactividad de la ratificación, en *Representación sin poder y ratificación*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2013, pág. 489 y sigs. y 492 y sigs., con las citas pertinentes de doctrina nacional y foránea.

⁹ Se inclinaron por la primera tesis, BONET RAMÓN, F., *loc. cit.*, pág. 510; DÍEZ-PICAZO, L., *La representación*, cit., pág. 238; COLÁS ESCANDÓN, *La ratificación*, cit., pág. 519; también la jurisprudencia, en general, al pronunciarse en términos muy generales y sin distinciones: cfr. sentencias de 23 de abril de 1980, 12 de diciembre de 1989, 24 de octubre de 1997, 22 de octubre de 1999; y las Resoluciones de la DGRN de 3 de marzo de 1953, 2 de diciembre de 1998 y 25 de mayo de 2007. Cabe citar como partidarios de la segunda a ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. I-2.^º ed. 1983, pág. 420 (t. I, págs. 756-757, ed. 2009), y antes, en «La representación», en *ADC*, 1958, pág. 795; MUÑOZ DE DIOS, G., «La ratificación: retroactividad y derechos de terceros», en *La Ley*, 1984-2, pág. 1166 y sigs.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. loc. cit.*, pág. 120 y sigs.; SERNA MEROÑO, E., *op. loc. cit.*, pág. 538; MONTÉS PENADÉS, V., en *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona* (coord.: BLASCO GASCÓ), Valencia, 2003, pág. 363. Cítase como primer autor que se ocupó de esta cuestión y habló de la retroactividad

de la ratificación como plena y completa *inter partes* y frente a terceros, a LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires* (París, 1856), pág. 27 y sigs.

¹⁰ Para ENNECERUS-NIPPERDEY el efecto retroactivo «se basa exclusivamente en la voluntad del ratificador, y esta voluntad no puede alcanzar a los derechos ajenos» (*Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.^o-2.^a parte, ed. 1981, pág. 786).

¹¹ Interpretación esa de política jurídica que no convence a SCHRAMM, porque ello puede justificar la no retroactividad referida a las disposiciones del ratificador, pero no las de otras personas (cocontratante) (Coment. § 177 BGB, n.º marg. 30, *Münchener Kommentar zum BGB*, Manchen [Verlag C.H. Beck], 2001). Este autor justifica el funcionamiento y límites de la retroactividad de la ratificación y protección de los terceros en la aplicación de las reglas generales, sobre todo de la relativa a la necesaria legitimación del *dominus* para la ratificación (que a veces no tiene ya en ese momento) y sus efectos: más que de límites de la retroactividad se tratará en no pocos casos de la eficacia (o no) de la ratificación.

¹² Justificación esa que no me convence: (i) ni el «rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado», porque si tal posición ventajosa viene avalada por la ley resulta ser legítima, y lo será efectivamente en no pocos conflictos de intereses entre el *dominus* (o el cocontratante) y el tercero; (ii) ni la expresión «inexistencia del contrato» referida al falso-representativo, porque hay contrato (de formación sucesiva) inacabado y, por tanto, solo ineficaz, situación protegida por el ordenamiento (art. 1259), con lo que dicha frase (completa) hace presupuesto de la cuestión.

¹³ Esta cuestión de los límites de la retroactividad de la ratificación y derechos de los terceros es más compleja de lo que parece, y de la que se suele prescindir: así, cuáles son los derechos adquiridos por terceros, de qué «terceros» se trata, de quién adquieren y por medio de qué actos, etc.; cuestiones esas —muy discutidas en la doctrina alemana e italiana— en las que no es posible entrar aquí (de ellas me ocupé en *Representación sin poder y ratificación*, cit., págs. 509-515).

¹⁴ Véase mi trabajo *Representación sin poder y ratificación*, cit., pág. 515 y sigs.

¹⁵ Véase ampliamente en GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. III, Madrid (Civitas), 2002, pág. 573. Decenas de Resoluciones se han referido a la calificación por el registrador de la suficiencia o no del poder del otorgante del contrato calificado.

¹⁶ Véase, como bibliografía básica, POVEDA MURCIA, J., «Faltas subsanables e insubsanables», en *RCDI*, 1942, pág. 5 y sigs.; ARNÁIZ EGUREN, R., «Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas», en *RCDI*, 1977, pág. 1025 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Motivos de suspensión y motivos de denegación (defectos subsanables e insubsanables)», en *RCDI*, 1978, pág. 189 y sigs.; y *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. III, loc. cit.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, Madrid, 1991, pág. 165 y sigs.

¹⁷ SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, Madrid, 1955, pág. 174 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. III, Madrid (Civitas), 1995, pág. 392.

¹⁸ Adoptó la primera posición en «De la representación», en *RCDI*, marzo abril de 1963, pág. 191. En sus *Comentarios a la Legislación Hipotecaria* (t. V, 1971, pág. 196) matiza (y aun parece cambiar) su posición anterior: «En este grupo de negocios [sujetos a ratificación], si bien falta un elemento esencial para que el mismo esté completo, no se está ante una nulidad [...], y por tanto, es posible completar la constitución de aquél, añadiéndole el elemento que faltaba, pero sin necesidad de otorgar para ello un nuevo negocio jurídico que venga a sustituir a aquél que estaba en trámite de formación; pero, por otra parte, la actuación complementadora de aquél, aun presentada dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación del negocio jurídico incompleto, al no constituir una subsanación de un vicio de aquél que lo hiciera anulable, no retrotrae sus efectos, respecto a terceros ajenos a la obligación, a la fecha de aquél asiento de presentación, sino que dichos efectos se originan desde el momento en que se complete el elemento que faltaba, y en el orden registral, concretamente desde la

presentación de este último documento, con lo cual esta presentación tendrá que recogerse en el oportuno asiento al efecto, y no por nota al margen del asiento de presentación que originó el documento incompleto antes presentado. Ejemplo típico de este supuesto es el recogido en el artículo 1259 del Código Civil.

¹⁹ Los criterios aludidos son: (i) tener en cuenta no solo el título considerado en sí mismo sino el asiento futuro que ha de practicarse; (ii) tomar en consideración no ya la ineficacia en sí misma sino en cuanto haga imposible un régimen de publicidad registral de carácter interino; (iii) puesto que la preocupación del legislador en esta fase no consiste en cerrar el Registro al título defectuoso sino en extender la exactitud de los libros y su conocimiento hasta donde sea posible, la presunción, lógicamente, debe recaer a favor de la subsanabilidad de las faltas; por tanto, el registrador solo debe negar la publicidad provisional cuando ella sea inoperante o perturbadora («Notas al art. 65 de la LH. La clasificación de las faltas», *loc. cit.*, págs. 1239-1240 y 1246).

²⁰ En su trabajo, «Motivos de suspensión y motivos de denegación (defectos subsanables e insubsanables)», *loc. cit.*

²¹ Cfr. su *Derecho Inmobiliario Registral o hipotecario*, cit., págs. 892 y 907.

²² *Op. cit.*, pág. 199.

²³ *La representación con poder (Estudio de Derecho Notarial y Registral)*, Madrid (Civitas), 1992, págs. 169-170.

²⁴ Resolución mal citada con frecuencia por olvidarse ese dato y destacar solo la denegación de la inscripción definitiva por la anotación de embargo *medio tempore* a que hubo lugar, en cuya cuestión centró su argumentación.

²⁵ *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 206, febrero de 1997, presentado por la registradora C. CARBONELL LLORENS en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, de junio de 1997.

²⁶ Véase GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 898 y sigs.; y GÓMEZ GÁLLIGO, *op. loc. cit.*, pág. 112.

²⁷ La retroactividad en la confirmación del contrato anulable en nuestro ordenamiento es absoluta, *erga omnes*: el contrato anulable y luego confirmado vale también para los terceros adquirentes de derechos *medio tempore* como si desde el principio careciera de vicios —así, DELGADO ECHEVERRÍA-PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Madrid (Dykinson), 2005, pág. 358; y DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 514-515— y, por tanto, les será oponible. Idéntico tratamiento diferente en la jurisprudencia, que sostiene el carácter «forzosamente retroactivo» de la confirmación frente a la salvedad de los derechos de los terceros en la ratificación (cfr. sentencia de 25 de junio de 1946). Creo, por mi parte, que el régimen de la retroactividad es, en efecto, diferente para uno y otro acto, pero menos de lo que parece, porque en muchos casos será inevitable la protección del tercero de buena fe afectado por la confirmación, siquiera sea por otro mecanismo jurídico y en forma de indemnización por los perjuicios sufridos por la validez y eficacia de un negocio anterior que se le ocultó.

²⁸ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, cit., pág. 447: «Por tanto, la calificación registral no afecta a las consecuencias estrictamente civiles de la declaración de voluntad realizada, ni tampoco a la eficacia *inter partes* de las declaraciones ni de las resoluciones judiciales o administrativas. Su eficacia se produce en relación con los asientos registrales, y no con los actos o negocios a que dichos asientos se refieren, sin perjuicio de que, indirectamente, estos puedan quedar afectados por la eficacia que el asiento registral produzca en ellos». «La calificación —añade en la pág. 449— deja a salvo la existencia del acto o negocio jurídico. La calificación registral se produce en un momento en que el acto o contrato ha nacido ya en base a las declaraciones de voluntad de las partes. En consecuencia, la calificación registral no impide el nacimiento de dicho acto, ni afecta a la autonomía de la voluntad». «Este control de legalidad es exclusivamente a efectos de la publicidad registral, o sea, como dice el artículo 101 del RH...» (pág. 450).

²⁹ Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. loc. cit.*, pág. 130.

³⁰ Sobre el acceso al Registro de la ratificación antes que el contrato ratificado, véase la Resolución de 7 de mayo de 2013.

³¹ *Op. cit.*, pág. 199.

³² *La representación con poder*, cit., págs. 169-170.

³³ Dice más adelante GÓMEZ GÁLLIGO: «Como se dijo anteriormente, los supuestos de irrelevancia del negocio en la esfera del titular, celebrados por quien carece de poder, deberán calificarse de falta insubsanable, conforme al artículo 20 LH, ya que aunque son susceptibles de ratificación (art. 1259 CC) no perjudica los derechos intermedios. Así, según la Resolución de la DGRN, de 3 de junio de 1953, la falta de ratificación por el titular registral supone que el negocio se encuentre en un estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*, la ratificación, que una vez verificada tendría efectos retroactivos, pero sin perjuicio de terceros, porque el negocio carecería en su origen de plena eficacia; así, no quedarían perjudicados los anotantes intermedios entre el otorgamiento y la ratificación». Muestra este autor su desacuerdo con la Resolución de 24 de mayo de 1974, y añade: «Precisamente, en base a la posibilidad de ratificación, se defiende en este trabajo el carácter subsanable del negocio irrelevante, incluso perjudicando los derechos de terceros adquiridos en el ínterin, como postura más acorde con el principio favorable a la calificación suspensiva que se defiende aquí cuando se alegue por el otorgante la posibilidad de ratificación por existir una relación de representación voluntaria con el titular y se solicite anotación preventiva del título (así lo exige el art. 105 RH para un supuesto análogo: que el otorgante sea causahabiente del titular registral). Se trata de defender la fuerza vinculante que la ley atribuye a las manifestaciones de los otorgantes como se estudia en el lugar correspondiente. Se resuelve así un problema complejo respecto al conflicto con los derechos de terceros, ya que al presentante se le han concedido (fruto de la calificación suspensiva) los días de vigencia del asiento de presentación para la subsanación de los defectos, y mal entiende que entretanto se le puedan anticipar otros derechos [...]» (*op. cit.*, pág. 201).

³⁴ *Op. loc. cit.*

³⁵ Esa sugerencia me hace mi amigo registrador J. L. VALLE MUÑOZ conversando acerca de los problemas y la mecánica registral del acceso al Registro de la Propiedad del contrato falso-representativo, sugerencia atinada —que agradezco—, aunque me permita no compartir plenamente las conclusiones a que lleva.

³⁶ Con mis excusas por la autocita, debo remitirme de nuevo a mi *Representación sin poder y ratificación*, cit., pág. 158 y sigs.

³⁷ De dos ratificaciones necesarias, pues por parte del banco acreedor solo intervino uno de los dos apoderados mancomunados, y por parte de la cooperativa prestataria un mandatario verbal que no acreditó su representación.

³⁸ Así resulta de la propia Resolución: no aparece entre los hechos relevantes que recoge ni en la descripción fáctica de la registradora, quien dice al respecto en su fundamentación jurídica: «ratificación que no se acredita en el caso de la presente calificación».

³⁹ En el fondo, a efectos jurídico-materiales, no difiere la situación del representante sin poder suficiente (art. 1727-2.^º) de la de quien carece de todo poder (art. 1259-2.^º), pues en ambos casos se trata de representación no legitimada que no vincula al representado con el cocontratante, y para los que la ratificación cumple idéntica función negocial, dar eficacia al contrato falso-representativo. La diferencia entre ambos supuestos se limitaría a la relación interna (representante-representado), que no trasciende a lo que interesa en el orden y para la publicidad registral; y ambos supuestos deben tener idéntica calificación. El problema y el debate deben plantearse en otro terreno, en el de Derecho material (naturaleza, estructura del contrato) más que en el registral-formal, y reservar el conflicto de intereses (por la retroactividad o por la ineficacia de la ratificación), si llega a haberlo, a instancias judiciales.

⁴⁰ En efecto: la sentencia del TS, de 7 de abril de 1989 (y alguna otra) se refirió al caso de poder verbal y defecto de su acreditación en documento auténtico, lo que es cuestión distinta de la aludida en el texto.

(Trabajo recibido el 29-10-2013 y aceptado para su publicación el 15-11-2013)