

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA POR EL SUSTITUTO DE UN APODERADO, EN NOMBRE DEL PODERDANTE Y A FAVOR DEL APODERADO COMO COMPRADOR, AUN CUANDO EL PODERDANTE, DUEÑO DE LAS FINCAS VENDIDAS, HUBIESE FACULTADO AL APODERADO PARA NOMBRAR SUSTITUTO.

Resolución de 30 de julio de 1976 (B. O. del E. de 1 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Marbella el 2 de abril de 1974, por el Notario don Luis Oliver Sacristán, doña Guadalupe Corral García otorgó poder al recurrente, don Francisco Corral Tarifa, confiriéndole, entre otras facultades, la de enajenar bienes de todas clases, incluso inmuebles, así como la de poder nombrar sustituto; el apoderado, señor Corral Tarifa, en uso de esta última facultad, sustituyó tal poder a favor de don Pedro Maldonado Aranda, mediante escritura autorizada por el Notario de Granada don Miguel Olmedo Medina el 11 de julio de 1974, con el número 1.461 de su protocolo, y por escritura autorizada por el mismo Notario de Granada en la misma fecha, con el número 1.462 de protocolo, el sustituto, don Pedro Maldonado, vende al propio mandatario, don Francisco Corral, dos fincas urbanas sitas en Marbella, por el precio global de 400.000 pesetas.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Marbella primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la

inscripción del presente documento por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.459, número 2, del Código civil. Defecto insubsanable.»

Don Francisco Corral Tarifa interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que no es de aplicación al presente caso el artículo 1.459-2.º del Código civil, pues la prohibición contenida en el mismo no se refiere al supuesto en que el mandatario no actúa con la doble personalidad de comprador y vendedor, manifestándose en este sentido la sentencia de 17 de junio de 1920, y citando también en apoyo de su tesis las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 y 22 de febrero de 1958.

El Registrador informó que el artículo 1.459 del Código civil prohíbe taxativamente a los mandatarios adquirir por compra por sí ni por persona alguna intermedia los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados; que de los requisitos que el mismo Código establece en los artículos 1.445 y siguientes al tratar de la naturaleza y forma del contrato de compraventa, aplicados al caso controvertido, cabe decir que en el mismo no existe consentimiento, es decir, voluntad acorde del comprador y vendedor, compareciendo sólo en la escritura el mandatario y el sustituto, los cuales, ante el mismo Notario, en la misma fecha y número consecutivo de protocolo hacen la sustitución y la compraventa de las dos fincas, siendo evidente que si la voluntad de doña Guadalupe Corral hubiera sido la de vender sus bienes a don Francisco Corral, lo hubiera hecho al comparecer en la Notaría de don Luis Oliver, en vez de limitarse a conferirle un poder; que por la forma de realizarse la compraventa resalta la connivencia de los otorgantes y la finalidad de la operación; que en relación con el precio señalado por mandatario y sustituto es muy inferior al real de las fincas urbanas objeto de la venta; que si, conforme a la sentencia de 23 de abril de 1960, «para el comprador la causa es la cosa y para el vendedor el precio», al fijarse éste en circunstancias tales que no corresponden al verdadero de las fincas vendidas, queda viciada la causa y provoca la carencia de requisitos esenciales del contrato; que es criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.459 es una protección de estricta moralidad a las personas que han confiado a otras la administración de sus bienes, establecida con carácter general para obviar las dificultades probatorias de cada caso concreto, produciendo su violación la nulidad de pleno derecho del acto o negocio celebrado (sentencias de 10 de marzo de 1953 y 27 de mayo de 1959).

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador declarando que es indudable que el mandatario, aun después de nombrar un sustituto, sigue conservando su posición de representante a todos los efectos que le fueron conferidos en tanto no los dimita, entendiéndose que la sustitución no desliga al apoderado de sus deberes frente al principal, es obvio que el recurrente no perdió en ningún instante esta condición y continuó encargado de la administración o enajenación de los bienes de su constituyente que fueron objeto del contrato, por lo que está incurso en la prohibición contenida en el número 2 del artículo 1.459 del Código civil.

Interpuesta apelación por el recurrente, la Dirección General acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Conferido por la propietaria de unos inmuebles a favor de otra persona poder para enajenarlos, con facultad por parte del apoderado de poder sustituir a un tercero en su lugar, la

(1) VISTOS los artículos 1.459, 1.721 y 1.723 del Código civil y las Resoluciones de 13 de noviembre de 1895, 22 de agosto y 3 de septiembre de 1907 y 23 de enero de 1943.

cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible la escritura de compraventa otorgada en nombre de la vendedora por el sustituto designado por el apoderado, y en la que este último aparece como comprador de las indicadas fincas.

Es indudable que el hecho de nombrar un sustituto, acto para el que se hallaba debidamente autorizado, no desliga al representante o mandatario de este carácter frente a su mandante en tanto no renuncie al mandato o se produzca alguna de las otras causas que provocan su extinción, circunstancias que no han tenido lugar en este supuesto, pues la facultad de sustitución viene a suponer, por el contrario, una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendados.

Al seguir ostentando el apoderado esta cualidad es indudable que no puede adquirir para sí los inmuebles de cuya administración y enajenación estaba encargado, por entrar de lleno en la prohibición establecida en el número 2 del artículo 1.459 del Código civil y no darse ninguno de los supuestos de autocontratación permitidos en nuestra legislación.

COMENTARIO.—1. Si lo bueno breve es dos veces bueno, según la prologada frase de GRACIÁN, la resolución a comentar ha de estimarse óptima por haber bastado dos breves considerandos (el otro no es sino el planteamiento del caso) para resolver el supuesto planteado, en el que confluyen dos figuras jurídicas muy conflictivas: el autocontrato y la sustitución de poder.

La doctrina de ambos considerandos puede resumirse así: Se ha producido el supuesto prohibido por el artículo 1.459, 2.º, del Código (un mandatario ha comprado bienes de cuya enajenación estaba encargado), porque el mandatario apoderado, aunque nombre sustituto, usando la facultad que para ello se le ha concedido, sigue ostentando la cualidad de apoderado frente a su mandante en tanto el mandato no se extinga por cualquier causa.

Pero aunque digna de alabanza por su brevedad y probablemente acertada en su fallo para el caso concreto, creemos que los considerandos, en su texto literal, hacen afirmaciones excesivamente absolutas y seguras, por lo que estimamos conveniente hacer algunas puntualizaciones indicativas de que no hubiesen sobrado en la resolución algunas frases más, dirigidas a advertir que la figura de la sustitución de mandato puede presentar características muy diversas y la solución acaso no deba ser idéntica en todos los supuestos.

La argumentación del recurrente, si nos atenemos al correspondiente resultando, es también notablemente parca. No obstante, su base jurisprudencial es sólida y acaso debió ser expresamente desvirtuada por algún considerando. En efecto, el Tribunal Supremo no ha estimado aplicable la prohibición del artículo 1.459, 2.º, cuando el mandatario no interviene al mismo tiempo con la doble personalidad de vendedor y comprador y concretamente en dos casos, por lo menos: Cuando el mandante vendedor es el que directamente vende (sentencias de 3 de junio de 1949 y de 27 de mayo de 1959) y cuando el mismo aparece representado por otro mandatario distinto del mandatario comprador (sentencia de 17 de junio de 1920) (2). No hay duda de que el *dominus* aparece en la venta representado por el sustituto, que al fin y al cabo no deja de ser mandatario distinto del mandatario comprador.

Demostración de que no era tan endeble la argumentación del recurrente la encontramos en el informe del Registrador, que tiene que replegarse

(2) Ver también las Sentencias de 10 de marzo de 1953 de criterio un tanto distinto a las citadas en el texto. Y en cuanto al criterio general de interpretación estricta y nunca extensiva o analógica del artículo 1.459, 2.º, ver la de 22 de febrero de 1958, también citada por el recurrente, y la de 3 de mayo de 1960.

a la segunda línea: texto literal del artículo, alegación encubierta de la simulación de la sustitución, connivencia de los otorgantes, precio inferior al valor que desemboca en vicio de la causa (sentencia de 23 de abril de 1970) y finalidad de amplia protección del precepto, cuya violación ocasiona nulidad de pleno derecho (sentencias de 10 de marzo de 1953 y de 27 de mayo de 1959, cuya cita por el Registrador estimamos aventurada, pues ésta vino a confirmar las de 17 de junio de 1920 y 3 de junio de 1949, que antes citamos, rechazando el criterio de la de 10 de marzo de 1953).

Por todo ello, aunque repetimos que probablemente para el caso concreto el fallo de la resolución sea justo y acertado, no hubiese estado de más una consideración más completa de los dos problemas fundamentales del caso: si el defecto era realmente insubsanable o cabía una ratificación de la venta por doña Guadalupe y si, *en todo caso*, el mandatario que sustituye continúa siendo mandatario que puede incidir en la prohibición del artículo 1.459, 2.º

2. En cuanto al primer problema, al confirmarse la nota del Registrador, se está dándole la razón en todo, incluso en la calificación de defecto insubsanable que había hecho. A mayor abundamiento, el último considerando afirma que se trataba de un apoderado que compraba al sustituto contra la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código, sin darse ninguno de los supuestos de autocontratación permitidos en nuestra legislación. Implícitamente parece estimarse, por tanto, que la vulneración del precepto, en relación con el artículo 6.º, 3, del Código, origina una nulidad absoluta de imposible convalidación; pero la frase final del considerando, aunque poco expresiva de los supuestos permitidos de autocontratación que podían excluir, evitar o sanar la vulneración del artículo 1.459, resulta un tanto contradictoria, en cuanto tiende a reconducir al terreno general del autocontrato las prohibiciones de dicho artículo, y concretamente la de su número 2.º

La formulación general de la admisión restringida del autocontrato y de las prohibiciones concretas del mismo va haciéndose con éxito vario en las diversas legislaciones y códigos. El *Código francés*, como el nuestro, aparte de normas directamente encaminadas a prevenir la colisión de intereses en materia de tutela, patria potestad, etc., contiene una serie de prohibiciones de comprar similar a la de nuestro artículo 1.459; la pena es también la nulidad; falta una norma general sobre autocontrato. El *Código alemán* tiene, en cambio, un precepto general sobre prohibición del autocontrato, salvo que se trata del cumplimiento de una obligación o el representado haya admitido la autocontratación (parágrafo 181). Fueron muy vivas las discusiones sobre si la vulneración del precepto ocasionaba nulidad o mera anulabilidad en tanto el poderdante no ratificase (2 bis). El *Código italiano* tiene una norma general sobre autocontrato (artículo 1.395), considerándole anulable sólo por representado, salvo que éste le haya autorizado o que la determinación del contenido del contrato haga imposible el conflicto de intereses; pero además contiene un precepto similar a nuestro artículo 1.459 (el 1.471), si bien declarando nulos unos casos de la lista y anulables otros, entre éstos el del mandatario respecto a los bienes que esté encargado de vender, caso en el que además se establece la salvedad de lo dispuesto en el artículo general de autocontratación, lo que quiere decir que la prohibición no actuará si el representado había autorizado el autocontrato o el conflicto de intereses era imposible por la determinación del contenido del contrato.

(2 bis) Para no incurrir en repeticiones nos remitimos al reciente comentario en esta misma Revista (núm. 518 de enero-febrero de este año) a la Resolución de 1.º de julio de 1976, en el que hacemos unas ligeras referencias al problema de los efectos del autocontrato prohibido y a su posible ratificación por el representado, especialmente en DE CASTRO y en el Derecho alemán.

En la doctrina española, la coordinación de las prohibiciones del artículo 1.459 (con su jurisprudencial consecuencia de nulidad radical) con la doctrina del autocontrato, en general más tendente a la posibilidad de ratificación por poderdante, es una materia bastante confusa y creemos que no hubiera estado de más que la resolución hubiese entrado en la naturaleza subsanable o insubsanable del defecto, como tantas veces ha hecho el Centro Directivo en recursos promovidos en solicitud de declarar inscribibles documentos que el Registrador estima que adolecen de defecto insubsanable.

3. En segundo lugar, la sustitución de poder es una figura polimorfa y de naturaleza y efectos muy discutidos, por lo que es un tanto aventurado afirmar *absolute* que el hecho de nombrar un sustituto no desliga al representante mandatario; bastaría que por las circunstancias del caso, o desde algún punto de vista, se pudiese afirmar que el sustituyente ha quedado fuera de la relación de mandato desde el momento de la sustitución, para que el obstáculo de autocontratación desapareciese por pasar a ser un tercero extraño quien hasta entonces era mandatario. Por ello dejará de existir autocontratación cuando el sustituto venga a ocupar totalmente el puesto del sustituyente, extinguiéndose la primitiva relación de mandato entre mandante y mandatario, que queda sustituida por la nueva relación entre mandante y sustituto, de tal manera que el poder inicial desaparezca por la novación total subjetiva operada. El que ésta no sea la figura ordinaria, más frecuente o que en la duda deba presumirse, no quiere decir que no pueda ser ésta la voluntad del poderdante y apoderado iniciales.

PORPETA CLÉRIGO, en su interesante trabajo sobre sustitución de poder, distingue (3) la *sustitución en sentido propio* por vía de traspaso o transferencia de las facultades del apoderado inicial no revocable por éste, que queda fuera de la relación jurídica que mantenía con el *dominus*, y el *subapoderamiento* (o delegación subordinada), revocable por el subapoderante, que deja intacta la posición de éste como apoderado, sin perjuicio de comportarse frente al subapoderado como verdadero poderdante. Entre ambas figuras encuentra las siguientes diferencias: En la sustitución en sentido propio, el sustituto está en relación directa y única con el principal, el apoderado agota sus facultades de sustitución con la primera que hace, la extinción del primer poder no afecta a la subsistencia del derivado de la sustitución, la revocación y la ratificación han de derivar del *dominus* poderdante inicial. En cambio, en el subapoderamiento, la relación directa se da entre apoderado y subapoderado, con la primera sustitución no se agotan las facultades de nombrar otros sustitutos, la extinción del primer poder arrastra la del segundo y la ratificación y revocación deben proceder del sustituyente.

Y esta distinción no es una opinión personal de PORPETA, sino criterio general de la doctrina obligado, en cierto modo, por la regulación plural que de la sustitución de mandato hacen los artículos 1.721 y siguientes del Código civil. Los varios supuestos contemplados por el Código (sustitución prohibida, expresamente permitida con designación de persona, sin designación de persona, ni prohibida ni expresamente permitida) van directamente encaminados a establecer una varia red de relaciones entre mandante, mandatario, sustituto y terceros y las consiguientes acciones entre ellos; pero de una manera o de otra están también conectados con la cuestión que fundamentalmente nos interesa a nosotros ahora: cuando el traspaso del encargo desliga al mandatario y cuando surge un mero submandato en que el sustituto, aunque actúe directamente para el mandante, es, ante todo, mandatario de mandatario.

(3) FLORENCIO PORPETA: Conferencia de 22 de febrero de 1943, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. I, pág. 135.

CASTÁN deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo—principalmente de las sentencias de 6 de diciembre de 1897 y 25 de junio de 1920—que fuera del supuesto del artículo 1.721, 2.º (facultad de sustitución expresamente concedida, pero sin designación de persona, si el nombrado es notoriamente incapaz o insolvente), en todo caso de sustitución autorizada queda desligado el mandatario de todas sus relaciones jurídicas con el mandante en cuanto hace la sustitución. Es decir, que queda desligado: a) cuando el mandante le ha facultado para sustituir y le ha designado la persona del sustituto; b) cuando le ha facultado sin designación de persona y el sustituto no es notoriamente incapaz o insolvente (4).

La distinción aparece en la doctrina de todos los países. En la ya clásica obra de HUPKA (5) también, y según este autor, en el *subapoderamiento*, el subapoderado representa al *dominus* frente a terceros y al apoderado frente al *dominus*, mientras que en la *sustitución propia*, el sustituto no representa al primer apoderado en ningún sentido porque éste ha cesado en cuanto hace la sustitución. Además de estas dos figuras estudia otras afines que deben claramente distinguirse de ambas (6).

Los comentarios de MUCIUS SCAEVOLA a los artículos 1.721 y 1.722 del Código civil, puestos al día por BONET, son una exposición muy completa de la doctrina española y extranjera sobre las diferencias entre las dos figuras principales que conviene distinguir dentro de la polimorfa sustitución del mandato y del poder (7). Su lectura es imprescindible para diagnosticar en qué supuestos y circunstancias cabe defender que un mandatario puede realizar una compra que le hace el sustituto, en razón a que el antiguo mandatario sustituyente ha quedado totalmente retirado de la primitiva relación de mandato, pudiendo ser considerado como un tercero cualquiera, extraño o ajeno a la relación representativa y no habiendo, por tanto, lugar a apreciar autocontratación ni vulneración del artículo 1.459, 2.º, del Código.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al diferenciar dos supuestos fundamentales de sustitución de mandato, permite mantener que en uno de ellos el mandatario originario queda apartado del mandato, es abundante. La sentencia más citada es la de 16 de diciembre de 1897, cuya doctrina viene a ser la siguiente: Cuando el mandatario hace uso de las facultades de sustitución que expresamente le ha conferido el mandante, con o sin designación de persona, es evidente que, cumplido en esta parte el mandato, queda desligado de todas sus relaciones jurídicas con el mandante (salvo el caso de que el sustituto sea notoriamente incapaz o in-

(4) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil. Contratos*, 1961, pág. 489. CASTÁN reseña también las Sentencias de 14 de diciembre de 1943 y 9 de mayo de 1958 para apoyar la distinción entre transmisión de mandato y la delegación o sustitución. PUIG PEÑA también considera desligado al mandatario para con el mandante si fue autorizado para sustituir con designación de persona (Sentencia de 16 de diciembre de 1897), y cuando autorizado para sustituir hubiere elegido persona capaz y solvente (Sentencia de 22 de noviembre de 1919). FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, volumen II, 1946, pág. 342.

(5) JOSÉ HUPKA: *La representación voluntaria en el negocio jurídico*, págs. 355 y ss. Las treinta páginas que se dedican a la sustitución de poder demuestran que pocas cosas son pacíficas en esta figura. Y que todas las discusiones sobre su naturaleza, requisitos, modalidades y efectos terminan por reconducirse a sí, después de la sustitución, es el mandatario o el sustituto el representante fundamental desde el punto de vista del mandante. Y con este problema ha de engarzarse el derivado consistente en si la venta del sustituto al mandatario sustituyente implica o no autocontratación. Pero ni HUPKA ni PORPETA, que recogen gran parte de su exposición, ni BONET en los *Comentarios del Mucius Scaevola*, plantean directamente la cuestión del recurso.

(6) Entre ellas la representación indirecta (en la que el sustituto tampoco puede hacerse representante directo del *dominus*), el subapoderamiento impropio (poder concedido a persona jurídica que ha de actuar por sus órganos), poder exclusivamente limitado a apoderar (como el poder para pleitos concedido a favor de no procurador), los poderes al cargo, en blanco, al portador, etc. La figura que más dudas y decisiones jurisprudenciales ha ocasionado en su deslinde de la sustitución es la del mero auxiliar del mandatario.

(7) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, tomo XXVI: *Del contrato de mandato*, págs. 216 a 309. Ver también el Comentario de F. DE A. a la Sentencia de 9 de mayo de 1958 en *Revista de Derecho Privado*, año 1958, págs. 670 y ss.

solvente), quedando en su lugar el sustituto, único que desde entonces tiene el carácter de mandatario con relación del poderdante. Como consecuencia de ello, habiendo dejado de ser mandatario quien hizo abdicación de dicho carácter nombrando otro, por estar autorizado para ello, al segundo mandatario ha de referirse el fallecimiento que extingue el mandato (art. 1.732, 3.º), sin que afecte a las relaciones establecidas entre el mandatario sustituto y el mandante el fallecimiento del primitivo mandatario. En cambio, cuando el primer mandatario, por sí y no en cumplimiento del mandato, confiere a un tercero poder para que haga lo que él sigue obligado a hacer, en su relación con el mandante, la solución ha de ser contrario porque continúa inalterado el primitivo nexo entre mandante y mandatario. La sentencia de 25 de junio de 1921 repite la misma doctrina casi en los mismos términos. Y la de 14 de diciembre de 1943 dice que, si bien el artículo 1.721 del Código no diferencia la transmisión del mandato de su sustitución o delegación, varias sentencias del Tribunal Supremo (8), de acuerdo con la doctrina, dan a conocer que la transmisión se opera cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades conferidas, con o sin designación de persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fue investido con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar en nombre del mandante y en relación directa con él, en tanto que por la delegación o sustitución, el mandatario hace intervenir un tercero en el negocio objeto del mandato, ya mediante un poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándole en confianza la cosa y el encargo recibido, sin desligarse de sus relaciones jurídicas con el mandante, para con el cual queda responsable de los actos de estos auxiliares que designa por propia iniciativa.

Esta sentencia de 1943, no obstante la confusa terminología que emplea y a pesar de hablar de auxiliares del mandatario en el submandato o subapoderamiento, en el fondo plantea la misma alternativa que la de 1897. La que propiamente entra en la distinción entre sustitución de mandato y meros auxiliares del mandatario es la de 8 de mayo de 1920, según la cual hay mero auxilio al mandatario y no sustitución, si el mandatario no designó expresamente como sustituto al que actuó, ni de los actos de éste puede apreciarse sustitución tácita, pues para que se dé ésta, los hechos del sustituto han de implicar por modo palmario y evidente su propósito de obligarse con el mandante.

Que existen dos figuras de efectos muy distintos dentro de la sustitución de mandato, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, está bastante claro. Lo que ya no está tan claro es cuándo nos encontramos ante una de ellas (el primitivo mandatario queda desligado) y cuándo ante la otra (el primitivo mandatario sigue siéndolo). La primera impresión es que el deslinde hay que establecerlo sobre la casuística del artículo 1.721, que en términos generales es lo que han hecho las doctrinas latinas que han de actuar con disposiciones legales muy parecidas a dicho artículo (9). Pero PORPETA pone grandes reparos a la doctrina jurisprudencial literalmente interpretada.

(8) Cita las de 6 de octubre de 1891, 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920 y 25 de enero de 1925 (aunque debe referirse según BONET a la de 25 de junio de 1921).

(9) La regulación de la sustitución de poder en el *Code* es igual que la de nuestro Código. Conforme al artículo 1.994 el mandatario responde de quien ha sustituido en la gestión: 1.º Cuando no había recibido poder de ser sustituido por otro. 2.º Cuando se le había conferido tal poder sin designación de una persona y quien ha elegido era notoriamente incapaz o insolvente. En todos los casos el mandante puede accionar directamente contra el sustituto.

El *Código civil italiano* regula la pluralidad de mandatarios en el artículo 1.716, en el cual se podría encajar ciertos casos de subapoderamiento, y el sustituto del mandatario en el 1.717, que dice: El mandatario que, en ejecución del mandato, sustituye otro a sí mismo, sin haber sido autorizado, o sin que ello sea necesario por la naturaleza del encargo, responde de la actuación de la persona sustituida. Si el mandante había autorizado la sustitución sin indicar la persona, el mandatario res-

Según PORPETA, la línea divisoria entre sustitución de poder y subapoderamiento, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, sería coincidente con la existente en el Código entre responsabilidad exclusiva del sustituto y responsabilidad conjunta de sustituyente y sustituto frente al mandante: Habrá sustitución de poder (el apoderado queda desligado) cuando el mandante faculta para sustituir y además designa la persona del sustituto, y cuando faculta para sustituir sin designación de persona y el nombrado no es notoriamente incapaz ni insolvente; habrá subapoderamiento (el apoderado primero sigue siendo el primordial) en los dos supuestos indicados bajo los números 1.º y 2.º del artículo 1.721, en los que, conforme al 1.722, hay responsabilidad conjunta de mandatario y sustituto.

PORPETA critica la doctrina jurisprudencial así entendida:

- Porque en el caso de haberse dado facultad para nombrar sustituto, sin designar la persona no es razonable que dependa de cualidades del sustituto, acaso sólo determinables *a posteriori*, el que se esté ante una sustitución de poder o de un subapoderamiento.
- Porque tampoco lo es que el mandatario con facultad de sustituir se entienda, en todo caso, que ha cumplido el mandato tan pronto como hace la sustitución, pues el mandante confirió el mandato preferentemente a él, aun en el caso de designación de persona del sustituto. Efectivamente, varios fallos de la jurisprudencia francesa hacen responsable al mandatario, por culpa *in vigilando*, de actos dañosos del sustituto (10).
- Porque es aventurado entender que en todo caso de sustitución autorizada por el mandante, ésta extinga el primer poder, pues tal causa no está recogida entre las de extinción del mandato y ni implica revocación ni renuncia por sí sola.

La tesis de PORPETA, que, en definitiva, desemboca en una presunción de subapoderamiento sin cesación del primer mandato si ésta no resulta claramente, parte de que la autorización expresa del mandante no implica sino una reiteración del permiso legal de la sustitución y conduce a la siguiente fórmula: En principio, poderdante y apoderado deben funcionar como poderdantes solidarios frente al sustituto; apoderado y sustituto deben funcionar como apoderados solidarios del poderdante.

La tesis de nuestra jurisprudencia según la cual el asentimiento expreso del *dominus* a la sustitución conduce a la transferencia total del poder y no al subapoderamiento, está basada en la doctrina dominante en los autores latinos que no disponen de otro medio para tratar la línea de separación entre ambas figuras o, al menos, la línea de separación presuntiva entre ellas que preceptos similares a los artículos 1.721 y 1.722 de nuestro Código. Los argumentos de PORPETA frente a esta doctrina dominante son importantes y pueden apoyarse en algunos pasajes de BAUDRY, BORSARI y VON THUR; pero creo que exagera PORPETA al estimar especiosos artificios dialécticos argumentos como, por ejemplo, el de SAGESSE, al decir que en el caso de sustitución expresamente autorizada, el poder del sustituto debe su origen inmediato a la voluntad del *dominus*, aunque condicionada suspensivamente a la voluntad del primer apoderado, el cual puede abstenerse de sustituir, pero si lo hace queda extraño al desarrollo del poder, que tendrá vida libre y autónoma (en manos del sustituto) por traer su

ponde solamente cuando incurrió en culpa *in eligendo*. El mandatario responde de las instrucciones que ha dado al sustituto. El mandante puede accionar directamente contra la persona sustituida por el mandatario.

(10) Y el Código italiano parece imponer la responsabilidad del mandatario por las instrucciones que haya dado al sustituto, sin distinción de supuestos.

origen directamente de la voluntad del principal: no afectará a la sustitución la muerte, quiebra, etc., del primer representante.

Tampoco en otras legislaciones es muy clara, ni determinada por los Códigos, la distinción entre las dos figuras de que tratamos, cuya diversidad deriva, en opinión de PORPETA, de la contraposición de dos principios antagónicos que actúan simultáneamente en la sustitución de poder: el de la confianza, intransferible, en la persona del apoderado (relación *intuitu personae*) (*) y el de fungibilidad del actuante, en cuanto el encargo del mandante puede ser mejor cumplido a través de la sustitución.

Lo cierto es que en materia de sustitución del mandato, las inseguridades de todo tipo tienen una larga historia (*omnes doctores hoc disputant*); unas legislaciones parten de la imposibilidad de sustituir, salvo el caso de expresa permisión del mandante; otras parten de su admisibilidad general, salvo prohibición del mandante; tampoco es raro que, como en España (art. 261 del Código de Comercio, frente al 1.721 del Código civil), los Códigos de Comercio establezcan principio general distinto que el Código civil del respectivo país. De todo ello tiene que derivar mucha imprecisión en la línea divisoria entre el traspaso de mandato y submandato. Dos legislaciones que suelen citarse como antagónicas son las de Argentina y Chile: la primera parte del subapoderamiento como regla, de tal manera que la extinción del mandato primero extingue el mandato del sustituto; en la segunda, la sustitución autorizada implica siempre traspaso de poder, de manera que sólo la revocación hecha por el principal o la muerte de éste influyen en los poderes del sustituto y, en cambio, ni el sustituyente puede revocar ni su muerte influye en los poderes del sustituto.

En el *Derecho alemán*, ENNECCERUS distingue: a) Apoderamiento de sustituto (transmisión de poder): el sustituto se subroga totalmente en el lugar del apoderado, que desaparece de escena. Esto sólo se admite si ha sido especialmente permitido en el poder. b) El subapoderamiento, que tampoco está permitido en la duda, pero que puede presumirse en algún caso, y que presenta dos modalidades: 1.ª, el subapoderado debe obrar simplemente en nombre del primitivo poderdante; 2.ª, el subapoderado debe obrar como representante del primer representante. De esta pluralidad de figuras resulta una complicada diversificación de las relaciones entre mandante, mandatario y sustituto. Y de esta complicación resulta también la vacilante doctrina aplicable al caso de nuestro recurso (11).

Damos por conocida la forma cómo en el B.G.B. el párrafo 181 excluye la autocontratación como regla y sus dos únicas excepciones. Pues bien, ENNECCERUS-NIPPERDEY, no considerando adecuado extender el párrafo 181, como norma excepcional que es, más allá de su texto literal, entienden que no hay autocontratación cuando el representante, en virtud de la facultad de sustitución que se le ha atribuido, nombra un sustituto, que no representa a aquél, sino al representado, y el sustituto concluye un negocio en nombre del representado con el representante, que obra en nombre propio y por cuenta propia. Contra esta opinión se enfrentaron KIEHL, PREDARI, LEHMANN y otros, que construyen la prohibición del párrafo 181 como una disposición general de protección contra el mal uso del poder de representación, que es de temer siempre que de un modo visible el acto del representante redunde también en su propio interés. De todas maneras, la posición de ENNECCERUS, basada en el texto literal del párrafo 181, no está tan distante de la contraria como parece, porque para el caso más grave de acuerdo fraudulento entre el representante y la otra parte, antes mandatario, estima aplicable el párrafo 138,

(*) *Nemo mandat nisi amico et fideli.*

(11) PORPETA critica la exposición de ENNECCERUS en cuanto estima que el subapoderamiento debe limitarse a negocios singulares, cuando lo cierto es que una delegación global puede estar autorizada y concederse como revocable por el apoderado sustituyente y a la inversa.

también del B.G.B., que determina la nulidad del negocio jurídico contra las buenas costumbres (12).

Creemos que con todo lo expuesto hay bastantes pruebas del polimorfismo de la sustitución de mandato o de poder y de que no sea conveniente una tajante afirmación de que, en todo caso, el primer apoderado sustituyente continúa siendo apoderado después de la sustitución. Admitimos que esto sea lo que ocurra en general o en la duda, y también admitimos que a la vista del poder y de la sustitución del caso del recurso esta solución fuese indudable. También es posible que tratándose de calificar si mandatario sustituyente y sustituto al contratar están incurriendo en autocontratación, haya de adoptarse la mayor rigurosidad para admitir que el primero ha quedado fuera de la relación de mandato por virtud de la sustitución; pero de todas maneras aún queda margen para estimar que dicha afirmación tajante y sin ninguna excepción es, sin duda, exagerada.

4. Y terminaremos haciendo una referencia a las resoluciones citadas en el vistos, criticable por no incluir ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo citadas por recurrente y Registrador.

Las resoluciones de 13 de noviembre de 1895, 22 de agosto de 1907 y 3 de septiembre de 1907 se refieren al mismo problema. Las dos de 1907 se referían incluso a las mismas personas: Don A., representado por don J., vende una finca a don F., y poco después (cuatro días en uno de los recursos y siete en el otro) don F. vende la misma finca, en igual precio, a don J. El Registrador estima que el mandatario don J. ha adquirido por compra, aunque por persona intermedia (don F.) un bien de cuya enajenación estaba encargado; el recurrente, entre otros argumentos, alega la resolución de 13 de noviembre de 1895, que en un caso igual no había estimado aplicable la prohibición del artículo 1.459, 2.º; el Registrador estima que no era el caso igual porque el transcurso de dos años entre las ventas hacía poco probable la confabulación, y la Dirección declara inscribibles las ventas a don J., conforme con la doctrina de 1895, fundándose en que el mandato había terminado por su realización, en que la frase «ni por persona alguna intermedia» del artículo 1.459, 2.º, no puede convertir en absoluta e indefinida una incapacidad relativa y temporal, ni tiene más objeto que incluir el supuesto de las subastas con remate a calidad de ceder, en que la interpretación del artículo 1.459, 2.º, ha de tener en cuenta el *odiosa restringenda*, y, por último, en que la apreciación de la confabulación sólo puede corresponder a los Tribunales de justicia.

La resolución de 23 de enero de 1943 recayó sobre un caso bastante diferente. Un apoderado de dos hermanos (de cada uno de los dos) compró la nuda propiedad de dos casas en concepto de apoderado de una sola de ellas, inscribiéndose la escritura de compra. Posteriormente otorga una escritura de rectificación, basándose en ser apoderado de ambos hermanos, en la que subsana el error padecido en el sentido de que la nuda propiedad de una de las casas la quería comprar efectivamente para el poderdante que dijo, pero la de la otra la compraba en realidad para el otro hermano, también su poderdante. El Registrador suspendió la inscripción por estimar insuficiente el poder para la rectificación y además en incidir en autocontratación el apoderado al serlo a la vez del beneficiado y del perjudicado por la rectificación. El Presidente de la Audiencia revoca el primer defecto, pero confirma el primero, y, en cambio, la Dirección confirma expresamente sólo el primer defecto y no el segundo, respecto al cual se produce en términos un tanto confusos ante el temor de que si le confirmaba también pudiera parecer que se apartaba de la doctrina de permisión general del autocontrato.

No podemos extender este comentario a la crítica de la doctrina sen-

(12) ENNECCERUS-NIPPERDAY: *Derecho Civil. Parte general*, vol. II, Barcelona, 1935, págs. 245-246, nota 12.

tada por las citadas tres resoluciones; probablemente, la Dirección tenía razón en que el Registrador difícilmente puede entrar a calibrar cuando en negocios externamente normales está encubierta una interposición de persona, porque esto, como cualquier otra figura de simulación, sólo tienen medios apropiados para decidirlo en juicio contencioso los Tribunales de justicia; pero también es más que probable que su interpretación de la frase «ni por persona alguna intermedia» del artículo 1.459 sea excesivamente estricta al no incluir en ella los casos de dichos recursos. En cuanto a si el supuesto de estas tres resoluciones presenta suficiente similitud con el de la que comentamos, para justificar la inclusión de las mismas en el vistos, es cierto que en los casos de 1895 y 1907 se trataba de una interposición de persona (si efectivamente la compra por don F. y la reventa de éste a don J. eran meramente simuladas para encubrir una real compra de don J. a don A.) y, en cambio, en el caso de la resolución de 30 de julio de 1976 lo que hay es una venta de mandatario sustituto, representando al mandante, al mandatario sustituyente, del que se duda si sigue siendo mandatario, a los efectos del artículo 1.459, después de nombrar sustituto; pero si la distancia es grande para una jurisprudencia conceptual, no sería tanta para una jurisprudencia realística, que tendería a dar un trato similar al mandatario que, en su intento de vulnerar el artículo 1.459, 2.º, acude al nombramiento de un sustituto dócil, y al que acude a la interposición de un testaferro que simule comprar al mandatario y revender a quien externamente ha dejado de serlo ya.

En este sentido, la doctrina sentada ahora sería distinta a la mantenida por las tres resoluciones citadas en el vistos. No obstante, consideramos muy difícil apartarse tanto de los conceptos como para estimar que la Dirección ha efectuado un cambio doctrinal. Es más fácil entender que la inclusión de dichas tres resoluciones en el vistos debería haber sido seguida de un considerando dedicado a destacar las diferencias de supuestos suficientes para explicar el fallo contrario, considerando que, en aras de la brevedad que respira toda la resolución, se estimó innecesario.

T. C. G.