

CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

CONTRATO CELEBRADO A NOMBRE DE UNA SOCIEDAD POR UN REPRESENTANTE APARENTE CON RATIFICACIÓN POSTERIOR. PUBLICIDAD DE HECHO Y DE DERECHO: PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD DEL REGISTRO MERCANTIL

Comentario a la Sentencia del TS de 18 marzo 1999 (RJ 1999, 1858)

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández

CONTRATO CELEBRADO A NOMBRE DE OTRO: nulidad «ex» art. 1259 CC: no es absoluta: puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita del «dominus negotii». REGISTRO MERCANTIL: PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD: es el que rige actualmente, con el propósito de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe.

Disposiciones estudiadas: CCom, art. 21, CC, art. 1259 y RRM, art. 9.

ANTECEDENTES DE HECHO

Celebrado contrato de compraventa de un bungalow entre un particular y el representante (aparente) de una compañía mercantil, el comprador ejercita acción declarativa de cumplimiento de contrato contra la compañía y la persona de su Consejero-Delegado, pidiendo que se declare su propiedad sobre el inmueble en virtud del convenio suscrito y se condene a la demandada al otorgamiento de la escritura pública pertinente, demandando subsidiariamente la resolución del contrato y el pago de todas las cantidades satisfechas en concepto de precio y de obras útiles, gastos y mejoras realizados hasta la fecha sobre el inmueble. La parte demandada excepciona la nulidad del contrato por falta de poder para celebrar el negocio en el Consejero-Delegado, pues según tal como resulta de la inscripción en el Registro Mercantil, sus facultades representativas no son unipersonales, sino mancomunadas con el otro administrador nombrado. El JPI estima íntegramente la demanda formulada contra la entidad y contra su representante, este último allanado a la demanda, declarando la propiedad del actor y condenando a la demandada al otorgamiento de la escritura pública correspondiente y al pago de las costas. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad anónima, la AP confirma íntegramente la Sentencia de la instancia. El TS desestima el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO.—«Ciertamente que el artículo 1259 del CC declara la nulidad de los actos realizados por quien carece de autorización o representación legal de la persona a cuyo nombre contrata. Pero, en contra de lo que sostiene el actor, esa nulidad no es absoluta, sino que puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita, del “dominus negotii”, confirmándose así el negocio transmisivo».

CUARTO.—«Es preciso, para analizar solventemente los términos de la litis, estudiar la incidencia del Registro Mercantil en la problemática planteada... Actualmente rige el principio de oponibilidad, recogido en el artículo 21 del Código de Comercio y en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1989, 2762 y RCL 1990, 29), que tienen el propósito de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe. El último párrafo de este artículo 9 demuestra el gran espectro que se atribuye a la buena fe del

tercero: "La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción". El cambio operado en la dogmática presuntiva es importante. Hasta 1989 lo que se presumía era que todo el mundo conocía el contenido del Registro, pues éste es público para todo el que tiene interés conocido. Desde la reforma, para destruir la presunta buena fe del tercero hay que probar (se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, frente a la presunción anterior) que conocía el acto inscrito y no publicado».

QUINTO.—«En el momento presente, pues, se protege firmemente la confianza en la apariencia. La doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente».

COMENTARIO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA REPRESENTACIÓN APARENTE Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS
- III. LA RATIFICACIÓN TÁCITA DEL NEGOCIO

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos objeto de la presente Sentencia se encuentran relatados en los antecedentes. Sin embargo, se hace necesario añadir algunos datos. Contestada la demanda, la Sociedad Anónima demandada, frente a la pretensión de que se declare la propiedad a favor del actor en virtud del contrato de compraventa suscrito con el Consejero-Delegado de la misma, opone la excepción de nulidad, solicitando la revocación de la Sentencia de instancia, alzándose posteriormente contra la dictada por la Audiencia Provincial, por considerar antijurídica la negociación unipersonal de un representante cuando debía actuar mancomunadamente con otro administrador, según lo dispuesto en los estatutos sociales, reflejados oportunamente en el Registro Mercantil. Todo el que contratase con la sociedad promotora, dada la publicidad formal del Registro, podía conocer esta limitación de las facultades representativas del Consejero-Delegado, publicidad que, en opinión de la parte recurrente, enervaría la posible buena fe del comprador.

Es preciso indicar que las facultades representativas del Consejero-Delegado que realizó el contrato a nombre de la sociedad aparecían inscritas en el Registro Mercantil con la limitación citada, pero no estaban publicadas en el BORME. No es un dato de hecho que se exprese con claridad de los términos de la Sentencia, pero sí en cambio se puede deducir de cierto razonamiento que hace el Tribunal Supremo para desestimar el motivo fundamental del recurrente respecto a la ausencia de buena fe del comprador adquirente. Más adelante, volveremos sobre ello.

Retomando el hilo argumental del razonamiento del recurrente expuesto, base de todo su recurso, la sociedad pretende que se declare la nulidad del contrato suscrito, frente a la validez del mismo declarada en las dos instancias. Así, los motivos para recurrir en casación son coherentes con su argumento, todos por aplicación indebida de los siguientes artículos del Código Civil: a) del 1259, pues se debió declarar la nulidad del contrato al haber sido realizado por quien no tenía facultades representativas para ello y no ratificado por la sociedad; b) de los artículos 1311 y 1310 CC, dado que sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1261 del mismo cuerpo legal, no los nulos radicalmente, como es el del caso de autos en opinión de quien recurre, al haber sido celebrado el contrato en nombre de la sociedad por persona que no había sido apoderada para ello, y c) del 1893 también del Código Civil, pues al no haber ratificado expresamente la sociedad el contrato de compraventa, ni aprovechado las ventajas derivadas del mismo, no puede hacerse responsable de las obligaciones contraídas en su nombre por un gestor officioso. El Tribunal Supremo desestimará todos los motivos del recurso.

El criterio básico del fallo se combina sobre la base de dos circunstancias de hecho: la primera, una representación aparente cuya existencia lleva al Tribunal a afirmar el principio de protección a la confianza en la apariencia, que se superpone incluso a la publicidad registral, «como ocurrió en el presente supuesto»,

por lo que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente; la segunda, una «dilatada ratificación tácita del negocio, que ahora no puede desconocer la sociedad, pues nadie puede ir contra sus propios actos». El TS «amarra» argumentalmente la solución del caso recurriendo a ambos expedientes, hasta elaborar un fallo fundado en la protección del tercero de buena fe que confía en la apariencia de unas facultades representativas, con ignorancia de las que aparecen inscritas en el Registro Mercantil y que sigue confiando en la apariencia de validez del negocio celebrado ratificada por la conducta del «dominus negotii». De nuevo se unen el criterio de la representación aparente con el de la ratificación tácita, en forma que pudiera resultar «redundante», pues, «en puridad, representación aparente y ratificación tácita son expedientes autónomos, y por sí suficientes, de solución. Si hay apariencia de representación, ella basta sin necesidad de ulterior ratificación; si se da esta última, la primera resulta ya innecesaria» (GORDILLO: «Mandato aparente. Ratificación tácita. Litisconsorcio pasivo necesario. Venta de parcela por representante de la comunidad de propietarios. Comentarios a la STS de 26 noviembre 1986», CCJC, núm. 335, pg. 4277).

Es sabido que la Sociedad Anónima, como entidad jurídica dotada de personalidad, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa, constituidos por la Junta General y el órgano de administración. Este último puede revestir las modalidades de administrador único, dos o más administradores solidarios, dos administradores mancomunados y Consejo de administración, integrado, en tal caso, por un mínimo de tres miembros. Así resulta del artículo 124 RRM, aprobado por RD 1784/1996, de 19 julio, que constituye el texto vigente en la actualidad, aun cuando el aplicado en los autos es todavía el RD 1587/1989, de 29 de diciembre, modificación que no afecta, sin embargo, a los aspectos que aquí interesan.

La constancia de administradores-representantes de la sociedad es una mención obligatoria del asiento de inscripción en el Registro Mercantil, si bien el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad (RDGRN de 17 diciembre 1997 RJ 1997, 9496). Por otra parte, aunque la LSA, artículo 128, atribuye la representación a los administradores *en la forma determinada en los Estatutos*, el RRM, artículo 124, deja poco margen de libertad estatutaria, pues *en el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente*, de tal manera que, en principio, sin perjuicio de lo que después se dirá respecto al alcance de esta publicidad material, si lo son con carácter mancomunado cabe exigir la actuación conjunta para operaciones que se encuentren dentro del objeto social, al ser éste el ámbito de las facultades representativas, en juicio o fuera de él, según lo dispuesto en los artículos 128 y 129 LSA, objeto social que aparece delimitado igualmente en los estatutos.

Frente a opiniones que consideran equivocada esta estructura mancomunada del órgano de administración, se alzan otras que la estiman adecuada para facilitar la coordinación en la administración, evitando el riesgo de la adopción de medidas contradictorias y facilitando el control de los administradores entre sí, resultando sobre todo apropiada para sociedades en las que existen dos socios principales, o en las que participan dos grupos económicos, que quieren intervenir y controlar la administración (DÍAZ ECHEGARAY: *La responsabilidad civil de los administradores de la SA*. Madrid, 1995, pgs. 192-193). En todo caso, lo que sí parece claro es que sólo en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada uno de ellos, «ex» artículo 124 RRM, regla inderogable: así, la actuación frente a tercero de cualquiera de los administradores solidarios será válida e inatacable, obligando a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad interna del administrador que actúe en contra de las disposiciones estatutarias o de la Junta.

Ante el texto terminante del artículo 124 RRM, parece que es imposible admitir tanto la solución de administradores mancomunados que actúen separadamente, como la contraria, administradores solidarios que en determinados supuestos importantes deban actuar mancomunadamente. El rechazo de esta última posibilidad tiene su fundamento en la protección de los terceros, a quienes no se les puede someter al riesgo de que algún acto sea nulo porque necesite la firma de los dos administradores, cuando según el Registro basta la actuación unipersonal de cualquiera de ellos (ÁVILA NAVARRO: *La sociedad anónima*, t. II, *Junta General. Administración. Modificación de estatutos. Aumento y reducción de capital*. Barcelona, 1997, pgs. 679 y 680).

Respecto a la hipótesis primera de si dos administradores conjuntos pueden actuar aisladamente en ciertos actos, obligando a la sociedad para con los terceros, existe un argumento a favor de la posibilidad,

que el riesgo apuntado en el caso anterior no se produce ahora, pues para los terceros puede ser grave la excepción que endurezca el sistema previsto (es decir, del régimen de solidaridad inscrito en el RM, no puede pasarse a uno que de hecho imponga la actuación mancomunada), pero ningún perjuicio se les causa, en cambio, cuando el régimen se relaje, como sucede si la actuación prevista es la mancomunada pero se admite la validez de la actuación unipersonal de uno de los administradores.

Ciertamente la solución de admitir en la práctica la validez frente a la sociedad de los actos realizados por uno sólo de los Consejeros-Delegados, cuando aparece inscrita en el RM la regla de la mancomunada choca con el tenor literal del artículo 124.2 c) RRM y perjudica, además, a los intereses de la sociedad, que también deben verse protegidos. Por ello parece excesivo decir que, a pesar de lo publicado por el Registro Mercantil, el acto realizado por uno solo de los Consejeros-Delegados es válido frente al tercero en la medida en que le beneficie, y que obliga en todo caso a la Sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad interna del administrador cuya actuación unilateral haya ocasionado el daño.

Afirmado con esta rotundidad y con los datos referenciados parece excesiva la solución. En esta perspectiva lógica, parecería que las razones aducidas por la sociedad recurrente debieron estimarse, con lo que la decisión del Tribunal Supremo sería criticable, desde el momento que lo correcto hubiera sido acoger la solicitud de revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial por ser antijurídica la negociación unipersonal del Consejero-Delegado que celebró el negocio de compraventa en nombre de la sociedad, sin poder para ello. Es ésta una petición en la que subyace como razonamiento de fondo el principio de publicidad material que, en su vertiente positiva presume que el acto o contrato inscrito en el Registro Mercantil es conocido por todos; de ahí que la buena fe del comprador quede enervada por la publicidad registral, y que no pueda oponer ignorancia del poder inscrito, que es lo ocurrido en la interpretación de quien recurre. Siguiendo con el razonamiento, únicamente los actos no inscritos en el Registro (vertiente negativa de la publicidad material) no producen efectos frente a los terceros, salvo que se demuestre que conocían su existencia.

No hace el Tribunal Supremo en el supuesto que ahora se comenta una declaración semejante. No lo hace porque, y pese a la coherencia de la línea argumental expuesta, «es preciso analizar solventemente los términos de la litis, y estudiar la incidencia del Registro Mercantil en la problemática planteada», dado que el razonamiento del recurrente ha sido superado por la nueva regulación del Registro Mercantil, que se llevó a cabo sustancialmente en el año 1989, junto con la del Código de Comercio y la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de adaptarse a las directivas comunitarias. Antes regía el principio de publicidad material, que es lo que tiene presente el recurrente, que anudaba los efectos de la publicidad con el asiento de inscripción, y en cuya virtud, como dice el Tribunal «se partía de la presunción de que el acto o contrato inscrito era conocido de todos» (vertiente positiva, ya lo hemos dicho, de la publicidad registral), al tiempo que se establecía «de otra parte, que no producían efecto frente a tercero los actos inscribibles no inscritos, salvo que se probase que dicho tercero conocía su existencia» (vertiente negativa de la publicidad registral). En este último sentido, se puede citar la STS 20 junio 1994 (RJ 1994, 6516), dictada en un recurso fundado en la infracción del artículo 1259 CC sobre la base de un acuerdo social de cese de un administrador para actuar como tal, que sin embargo no fue inscrito en el Registro Mercantil. El TS desestima aplicando al caso lo dispuesto en el artículo 2 RRM de 14 diciembre 1956, vigente a la sazón, que sobre la base del principio registral de la publicidad material, establecía que los «documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de terceros».

Si el razonamiento del recurrente ha quedado superado por la nueva normativa del RRM es porque «actualmente rige el principio de oponibilidad», que añade al principio de la publicidad material del mismo un «plus», como es la publicación en el BORME, de la que deriva una gran parte de los efectos que antes se producían con la sola inscripción, «publicación que ahora es decisiva para que se produzcan los efectos de la publicidad material» (TORRENT: «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)», *Rev. crit. der. inm.*, 1993, núm. 618, pg. 401). Por ello, afirma el Tribunal, «el art. 9 del RRM es categórico: los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (con lo que deja de ser determinante el dato de la inscripción y prevalece la publicidad a través de un periódico de difusión extrarregistral)».

El cambio operado en la dogmática presuntiva es importante, según señala el Alto Tribunal. Si «hasta 1989 lo que se presumía era que todo el mundo conocía el contenido del Registro, pues éste es público

para todo el que tiene interés conocido, desde la reforma, para destruir la presunta buena fe del tercero hay que probar que conocía el acto inscrito y no publicado, [con lo que] se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, frente a la presunción anterior». De acuerdo con la nueva normativa, será la Sociedad la que tendrá que probar que el comprador conocía los términos de la inscripción de las facultades representativas del Consejero-Delegado.

Pero el razonamiento de la sociedad recurrente se rechaza, además, por otros motivos que están muy relacionados con los hechos que originaron la Sentencia que ahora se comenta. Son elementos fácticos que quiebran el razonamiento de la sociedad recurrente, ya que determinan que la apariencia registral quede superada, no ya porque no aparecía publicada en el Registro Mercantil, sino porque demuestran que el comprador es de buena fe, al confiar en una apariencia de hecho que fue creada por la propia sociedad. Nos referimos a la existencia de una apariencia representativa del Consejero-Delegado, por un lado, junto con una ratificación por la Sociedad del negocio representativo realizado, por otro. Circunstancias que harán que la tesis del recurso «conduzca a conclusiones opuestas a nuestro ordenamiento positivo», como afirma el Tribunal Supremo. En definitiva, ambas traen causa de una publicidad de hecho creadora de una apariencia de que el Consejero-Delegado ostentaba facultades representativas plenas para realizar el negocio como apoderado de la Sociedad, supuesto que el de la Sentencia que nos ocupa, cuya esencia gira alrededor del conflicto que plantea la publicidad de hecho y de derecho.

En efecto, entre las principales novedades introducidas con la reforma, el artículo 21.2 CCom plantea el tema de la publicidad material positiva no desde la inscripción en el Registro Mercantil, sino desde su publicación en el BORME, oponible desde entonces respecto a los terceros de buena fe. Ello implica un doble mecanismo registral: inscripción y publicación en el BORME. «De este modo, el conflicto entre publicidad legal y publicidad de hecho se ha tratado de resolver anudando los efectos de la publicidad material a la publicación en el BORME, es decir, a una publicación que reproduzca los datos esenciales de la inscripción, dado el dato empírico de que en el masivo tráfico económico de cada día rara vez se acude a consultar el Registro. Ello sin duda favorece la difusión de datos relevantes para el tráfico, aunque como contrapartida se pierde la seguridad total característica del sistema de simple inscripción registral vigente hasta ahora» (TORRENT: pg. 1402).

Pero el sistema no disuelve del todo la posible antinomia entre publicidad legal y publicidad de hecho en un tráfico tan masivo como el actual, donde la posibilidad de acudir a consultar el Registro Mercantil y la misma lectura del BORME se ven superados por la celeridad de las operaciones mercantiles, problema que incide de lleno en los actos y sujetos inscribibles en un mundo donde, ante todo, prima la publicidad de hecho. Por eso, la publicidad legal existe para subsanar las deficiencias de la publicidad de hecho y la sustituye sin desplazarla en tanto en cuanto se necesita para lograr esa finalidad. Por ello, el conocimiento de hecho tiene relevancia por sí mismo a los efectos de la oponibilidad.

De ahí lo dispuesto en el artículo 9 RRM, en concreto el párrafo segundo, que para el TS es «ilustrativo del nuevo sistema, ya que, en beneficio del tercero de buena fe, permite que prevalezca su ignorancia bien intencionada frente a un explícito contenido registral», si bien limitada al período de los 15 días siguientes a la publicación, pero sobre todo el último párrafo, que «demuestra el gran espectro que se atribuye a la buena fe del tercero», que se destruye demostrando que conocía el acto inscrito y no publicado. Esta prueba no se logró en el supuesto presente, sino todo lo contrario, quedó afirmada esa buena fe por una doble circunstancia atribuible a la sociedad: por un lado, su consentimiento en la actuación representativa del gestor; por otro, su ratificación posterior del negocio realizado. Así, la conclusión se impone: «En el momento presente, se protege firmemente la confianza en la apariencia. La doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente. Y esto es lo que ocurrió con la compra del bungalow controvertido».

II. LA REPRESENTACIÓN APARENTE Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS

Cuando quien tiene unas determinadas facultades representativas las sobrepasa con el consentimiento tácito del «dominus», está actuando no tanto sin poder, sino más bien con un poder tácito, que hace que su actuación se mueva en la esfera de la actuación representativa. Se habla entonces de representación aparente, en la que el «dominus» crea una apariencia jurídica, ya que con sus actos hace que terceras personas que contratan con el procurador, crean legítimamente que lo hacen en su nombre y representación.

En el presente supuesto aparecen como hechos probados que «el Consejero-Delegado actuaba en el piso piloto de la urbanización, firmó el recibo de la entrega inicial del precio en nombre de la sociedad y disponía, para consolidar esa apariencia, de un grupo de secretarías y medios burocráticos en el mismo piso piloto». Nos encontramos, pues, ante un representante aparente que celebra un contrato de compraventa de un inmueble a favor de la sociedad en cuyo nombre actúa.

La figura se diferencia del falso procurador o representante sin poder, que se da cuando una persona realiza un acto que es aparentemente representativo, es decir, que actúa externamente para un «dominus negotii», pero sin tener suficiente poder de representación, por ejemplo, porque se traspasan los límites que delimitaban un poder de representación que fue otorgado en un principio, en el que el «dominus» o titular del negocio no participa en las gestiones llevadas a cabo por el «fictus procurator» y, en ocasiones, ni tiene siquiera conocimiento de las actividades practicadas por aquél. Éste es el criterio que marca la diferencia entre ambas figuras, la existencia o no de un consentimiento para actuar que, de existir, permite la consolidación de una apariencia representativa.

Tampoco cabe confundir el supuesto de autos con la figura del gestor oficioso, que, en el fondo, es un falso procurador. La apariencia creada frente a terceros por el Consejero-Delegado con el consentimiento de la sociedad hace que el supuesto que se comenta no encaje de ninguna manera en el art. 1893 CC. Nos movemos, por el contrario, en el ámbito de la actuación representativa, pues sabido es que la gestión de negocios sin mandato «no se funda sobre un consentimiento presunto, sino sobre el hecho mismo de gestionar negocios de otro, por lo que no puede establecerse en cuanto a sus efectos, “ninguna ecuación jurídica perfecta con el mandato”» (MONTÉS: «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Cuadernos de Derecho judicial, Contratos de Gestión*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995, pg. 19). En este sentido, es totalmente acertado el fundamento de derecho segundo: «Se invoca, como primer motivo del recurso, la aplicación indebida del artículo 1893 del CC, referente a la gestión de negocios ajenos. Es cierto que los órganos jurisdiccionales se apoyaron, en su argumentación, en este precepto, pero no se debe profundizar en la polémica jurídica, porque el supuesto conceptual de este cuasicontrato es totalmente ajeno a la cuestión debatida en autos».

Llegados a este punto, el razonamiento del recurrente al pretender la aplicación indebida del artículo 1893 CC es reductivo, pues prescinde –conscientemente– del dato de la apariencia de representación creada, que al considerarse probado hace que decaiga la antijuridicidad de la actuación unipersonal del Consejero-Delegado. Efectivamente, cuando no hay apariencia consentida, la protección que se brinda a los terceros que hayan contratado con la persona que no tiene poderes es inferior a la que demandan aquéllos que contratan en virtud de una apariencia, pues si en el primer caso tienen un grado de responsabilidad en el hecho de la no comprobación de la existencia o inexistencia del poder, o bien, de la extensión de los límites del mismo, esa responsabilidad es menor o no existe cuando el representante es aparente y los terceros contratan con él de buena fe (SOBRINO FERNÁNDEZ: «El falso procurador», *Contratos de gestión*, pg. 413), buena fe que se presume, aunque en el Registro aparecieran inscritas las facultades del representante, y que corresponde destruir la presunción a la Sociedad, demostrando que el comprador conocía el contenido del Registro, lo que sin embargo, no hizo.

En conclusión, no estamos ante una gestión que realiza el Consejero-Delegado sin mandato, sino ante una actuación representativa de éste, deducida de una apariencia creada con el consentimiento de la Sociedad, que por existir, confirma por sí sola la validez del negocio transmisivo, presupuestos los demás requisitos necesarios para ello. La protección que se brinda, entonces, al tercero es muy importante, pues la simple apariencia de consentimiento atenúa su grado de diligencia en la comprobación del poder, su existencia, extensión o límites. Como dice el Tribunal «en el momento presente se protege firmemente la confianza en la apariencia. La doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente».

La teoría de la apariencia, tal como ha sido recogida por Díez Pícazo, justifica que en la medida en que es más conforme con los intereses generales y con los principios de buena fe y de seguridad del tráfico jurídico, pueda nacer el apoderamiento de un comportamiento concluyente que implique consentimiento del poderdante a lo hecho por el apoderado y al ejercicio de la actuación representativa llevada a cabo por éste. Son supuestos en los que las actuaciones del representante se efectúan con el conocimiento y aquiescencia del principal, quedando éste obligado a permitir que los terceros consideren que tiene poder de representación, dentro del ámbito de las facultades que con dicho conocimiento y aquiescencia del principal

venía ejercitando. La apariencia aparece, pues, ligada estrechamente con el concepto de legitimación extraordinaria. «Cuando una persona adquiere de quien a todas luces es capaz de derechos y capaz de obrar y aparece en la comunidad jurídica como [...] representante del titular del derecho, [...], si alguien perteneciente a esta comunidad jurídica, actuando de buena fe y cumpliendo algún otro requisito, confía en la apariencia y adquiere de quien es tenido por [...] representante del dueño, debe ser mantenido en su adquisición» (DÍEZ PÍCAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III, Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, la posesión*. Madrid, 1995, pgs. 297 y ss.).

Variadas son las aplicaciones del principio de protección de la apariencia en nuestro Ordenamiento. Dejando a un lado la creada por la inscripción en los registros públicos, hay que recordar en primer lugar, la que se produce en materia de inmuebles por la creación de un signo exterior de reconocibilidad como es la posesión, que se sitúa al lado de la publicidad registral, aunque cumple funciones más amplias y diversas que la de ser medio de publicidad. En ella, se parte de la idea de que ha de presumirse «que existe coincidencia entre el hecho de estar ejercitando un derecho y el derecho mismo. Los actos de ejercicio de los derechos son formas de exteriorización de los derechos o signos de reconocibilidad de su existencia y de sus características» (DÍEZ PÍCAZO: ob. cit., pgs. 301 y 302).

Necesidad y manifestación, al mismo tiempo, del recurso a la doctrina de la apariencia es, en segundo lugar, el artículo 1717 CC, según el entendimiento que hace la Jurisprudencia de un aspecto concreto del mismo, el relativo a la excepción a la regla general que consagran los dos primeros párrafos del mismo de la incomunicación entre la esfera jurídica de los terceros y del mandante. Nos referimos al caso «que se trate de “cosas propias del mandante”». Dicha expresión, interpretada como «empresa, asuntos o negocios del mandante», tiene su fundamento en el elemento de notoriedad que acompaña a la ajenidad [...] de las cosas o intereses del mandatario, y refuerza la protección de los terceros, con lo que se recupera así la doctrina de la conexión esencial de la representación con la relación gestora (LÓPEZ LÓPEZ: «La gestión típica derivada del mandato», *Cuadernos de Derecho judicial. Contratos de gestión*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995, pgs. 69, 70, 71, 74, 75 y 85).

Otra norma de protección de los terceros de buena fe es la contenida en el artículo 1734 CC, en la que el acto de notificación de la revocación del mandato debe siempre apreciarse relativamente, en función de su conocimiento o desconocimiento por el tercero de buena fe, «incluso en relación con la publicidad registral de la revocación». «De la misma manera que en materia de propiedad inmobiliaria, la posesión –apariencia natural– puede imponerse sobre la publicidad –apariencia artificial o provocada– en general, para toda forma de publicidad, puede afirmarse que la realidad manifiesta de la vida se sobrepone a la apariencia formal del Registro» (GORDILLO: «Comentarios al artículo 1734 del CC», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia II. Madrid, 1993, pg. 1588). De este modo, la revocación del poder, aunque esté inscrita, no puede perjudicar al tercero frente al que se mantiene o tolera la aparente pervivencia de la representación.

Repárenos ahora en un cuarto supuesto, aquél del que adquiere de un comerciante con tienda abierta al público del artículo 286 CCom. El precepto trata de determinar si los contratos celebrados por el factor de una empresa se entienden hechos por cuenta del propietario, cuando aquél notoriamente pertenezca a una sociedad conocida, aun cuando se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades.

Se ha dicho que nuestro Código de Comercio sitúa la representación en el terreno del mandato, e intenta un precario equilibrio a caballo de dos sistemas contrapuestos. De un lado, la autonomía empresarial para establecer libremente la extensión y límites de las facultades representativas del factor –sistema romano– al amparo de los efectos positivos de la publicidad material del registro, propio del art. 283 CCom. De otro, la ilimitabilidad y la inderogabilidad del poder que protege a los terceros en los supuestos del denominado factor notorio cuando contrata sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, previsto en el artículo 286 CCom (POLO, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA: *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, t. VI. Madrid, 1992, pg. 161). El 286 CCom es norma de protección de la apariencia, y en este sentido es traído a colación por el TS [F. 5º], para apoyar la protección que se dispensa al tercer comprador. En su opinión, la nueva normativa del Registro Mercantil protege grandemente la buena fe del tercero, y en este aspecto consolida una regulación «ya decantada en el Código de Comercio, en los preceptos referentes al factor. Ya en el siglo pasado se sintió la necesidad de proteger a los terceros de buena fe. Y en el artículo 286 del Código de Comercio se establecía esta doctrina progresiva: los contratos celebrados por el factor de una empresa se entenderán hechos por cuenta del propietario,

cuando aquél notoriamente pertenezca a una sociedad conocida, aun cuando se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades».

Finalmente, hay que referirse al supuesto contemplado por el artículo 129 LSA, que trata de resolver el problema de la validez de las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad por sus representantes aparentes y la protección de los terceros. Constituye este precepto el único, entre los relativos a los administradores de la antigua Ley de 1951 que había obligación de modificar en razón a la adaptación de nuestro Derecho a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, considerando la primera Directiva (68/151/CEE) que «la protección de los terceros deberá quedar garantizada por disposiciones que limiten, en tanto sea posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad» y que viene a culminar la tendencia manifestada en la evolución de nuestro Derecho hacia un tipo de representación de contenido único e inderogable, en contraste con la representación flexible atribuida al factor en el artículo 283 del CCom.

El artículo 129 LSA, sobre todo en su apartado segundo, formula directamente la inoponibilidad frente a terceros de cualquier clase de limitación impuesta a los poderes de representación, limitaciones que no se podrán oponer a los terceros, incluso si se hubieran publicado, de lo que se deriva la eficacia puramente interna de cualquier tipo de límites –salvo los legales– al ámbito legal del poder de representación de los administradores.

Para el TS el artículo 129 LSA «es categórico: cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros». Protección de la buena fe que, a juicio del Alto Tribunal «es total en el párrafo 2º de este precepto, ya que se extiende al aseguramiento incluso de contratos no comprendidos en el objeto social», al disponer que «La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto es ajeno al objeto social».

Ahora bien, si tal como parece la idea clave de la reforma ha sido que «los límites legales son oponibles, los voluntarios no», en mi opinión sobra la utilización de este precepto como argumento a favor de la validez de la actuación del Consejero-Delegado en el caso que nos ocupa, pues la interpretación consagrada en la doctrina comunitaria considera que la inoponibilidad frente a tercero se refiere a las limitaciones voluntarias impuestas a los poderes de representación, con el objetivo de proteger a los terceros para que no se vean obligados a averiguar caso por caso, mediante la oportuna consulta al Registro Mercantil, los actos para los cuales se encuentran autorizados los administradores. En este sentido, «es evidente que la sociedad queda siempre obligada por los actos realizados por sus administradores estén o no incluidos en el objeto social delimitado en los estatutos» (Polo: ob. cit., pg. 183).

Insistiendo en este punto de vista, la Dirección General de los Registros, en Resolución de 10 mayo 1999 (RJ 1999, 3256) estima que los administradores de las sociedades anónimas pueden realizar todos los actos comprendidos dentro del objeto social, produciendo un alcance meramente interno, ineficaz frente a tercero, las limitaciones impuestas a las facultades de representación de los administradores, aunque estén inscritas en el Registro Mercantil. Y por los actos realizados, aun cuando no estén comprendidos dentro del objeto social, quedará vinculada la sociedad frente a terceros. No parece, en cambio, que la inoponibilidad se refiera a la estructura legal del órgano de administración, es decir, a facultades o limitaciones legales que correspondan según órgano de administración elegido, y que como se dijo anteriormente, constituye una mención obligatoria en el Registro Mercantil, «ex» artículo 124 RRM.

III. LA RATIFICACIÓN TÁCITA DEL NEGOCIO

Dos circunstancias colocan el presente conflicto en el ámbito de la responsabilidad de la sociedad. La primera, el apoderamiento presunto para actuar en nombre de la sociedad, otorgado al Consejero-Delegado en los términos que se acaban de examinar. La segunda se refiere a la ratificación «ex post facto» por la sociedad del negocio de compraventa cuyo cumplimiento se demanda. Bastaría la primera para que sobrara la ratificación posterior, y a la inversa, existiendo ratificación, la primera resulta ya innecesaria. Con todo, el TS las examina por separado, pues cada una de ellas fue objeto de un motivo distinto.

En efecto, como motivo segundo del recurso se arguye por la sociedad la violación por no aplicación del artículo 1259 CC, alegación que, a juicio del Tribunal, «conduce al recurrente a conclusiones opuestas a nuestro ordenamiento positivo». Se conectan de este modo las dos cuestiones más importantes de la Sentencia: por un lado, la celebración del negocio por un tercero que no tiene –de derecho– poder para actuar, aunque sí es un representante de hecho que actúa con «contemplatio domini»; por otro, la ratificación posterior del «dominus negotii». Tanto una como otra sirven para neutralizar la publicidad registral, superponiéndose a ésta.

Es un hecho probado que «se produjo una dilatada ratificación tácita del negocio», porque «diez meses transcurrieron desde el momento de la compra del bungalow hasta que surgieron las discrepancias entre partes. Y es lógico deducir la tácita ratificación de la sociedad por el cúmulo de hechos que se produjeron en ese intervalo temporal: abono de reiteradas sumas a los aparentes representantes de la sociedad y para ésta, puesto que en el escueto documento privado de la compraventa se aludía a la transferencia realizada en nombre de “Mimosa Park, SA”; entrega de llaves al comprador; transferencias del comprador a “La Caixa” para ir cubriendo parciales amortizaciones de la hipoteca que gravaba el inmueble comprado y en la que se subrogó el adquirente, cuyas transferencias no fueron rechazadas por “Mimosa Park, SA”; la posesión y uso de la vivienda que ha disfrutado ininterrumpidamente el comprador desde el instante de la entrega inicial; la realización de obras ostensibles en el chalé a la vista, ciencia y paciencia de los promotores; finalmente la ejecución directa de ciertos trabajos por los constructores (muros de cerramiento, jardinería, rampas de acceso de coches...) en el mismo inmueble y cuyo coste fue abonado por el nuevo propietario sin ningún rechazo de parte de los ejecutores materiales».

Como consecuencia de esta dilatada ratificación tácita del negocio el Tribunal desestima también este motivo sentando la doctrina de que «es cierto que el artículo 1259 del CC declara la nulidad de los actos realizados por quien carece de autorización o representación legal de la persona a cuyo nombre contrata. Pero, en contra de lo que sostiene el actor, esa nulidad no es absoluta, sino que puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita del “dominus negotii”, confirmándose así el negocio transmisivo». La conclusión, para el Alto Tribunal, se impone: «... se produjo una dilatada ratificación tácita del negocio, que ahora no puede desconocer la sociedad, pues nadie puede ir contra sus propios actos», teoría de los actos propios que opera también respecto al titular registral, en cuanto es «expresión inequívoca del consentimiento, que, actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concreta efectivamente lo que ha querido su autor» (STS 22 enero 1997 [RJ 1997, 17]).