

## CRÍTICA, BREVE Y SEVERA, A DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

de 10 de juny de 2014

per

**TOMÁS GIMÉNEZ DUART**

Membre electe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

### I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Todo notario, con un cierto grado de antigüedad, puede contar la anécdota del administrador de una sociedad que le viene al despacho para firmar un poder a favor de sí mismo para, entre otras cosas, “retirar de las oficinas de correos paquetes y envíos postales”. ¿Cómo pretende Vd otorgarse ese poder, si como administrador ya puede “hacer todo” según la Ley? Mire Vd, porque el funcionario no me permite retirar cartas y paquetes si en mi poder no dice que se puede hacer “eso”.

Viene esta anécdota a propósito de la Sentencia 687/2013, de seis de noviembre, de la Sala 1ª de nuestro más alto tribunal (ponente: Xavier O'Callaghan), con precedente en la sentencia del “Pleno de la misma Sala” de 26 de noviembre de 2010. De generalizar su doctrina, si en un poder expreso para vender (lo que en una práctica viciosa, a la que no somos ajenos los notarios, llamamos “poder general para enajenar”) no se especifica la cosa (por ejemplo: apartamento en La Manga del Mar Menor), la compraventa otorgada en uso de ese poder ¡es nula por inexistente! (ojo: no anulable) por “falta de consentimiento”. O sea: Vd. no puede retirar la carta porque en su poder “eso no lo dice”.

El supuesto de hecho de la STS de 6 de noviembre de 2013 es el siguiente:

1. Un señor, antes de ingresar en una residencia, da un poder general al uso a un hijo que incluye la facultad de “hacer y aceptar donaciones”.
2. El hijo, en uso de ese poder, hace donación a su pareja (con la que tiene un hijo).
3. El poderdante, tiempo después, sale de la residencia y revoca el poder al hijo. Y cinco años más tarde otorga testamento en favor de su hija, demandante y hermana del demandado.
4. El TS anula la donación, sin apreciar prescripción y/o caducidad por tratarse de “un negocio inexistente”, con base a dos argumentos estremecedores:
  - a) *El poder de representación, está faltó de consentimiento, elemento esencial, y este elemento puede prestarse más tarde con lo cual aquel negocio jurídico queda completo y pasa a ser válido y eficaz (lo que no ocurre en el caso).*
  - b) *El mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada. Y esto no es lo que se ha dado en el presente caso, por lo que la donación que hizo el codemandado a la*

*codemandada, no estaba dentro del mandato representativo y debe declararse inexistente por falta del consentimiento, elemento esencial del contrato.*

No concluye ahí el estremecimiento. La sentencia de 2013 cita como precedente otra de 26 de noviembre de 2010; según ésta, para la validez de un acto de disposición (otorgado por apoderado) se precisa *“una designación concreta del objeto para el cual se confiere, pues no basta una referencia general al tipo de actos para el cual se confiere”*.

Tampoco acaba ahí la remisión a la sentencia de noviembre de 2010; continúa la cita literal que la del 2013 hace de su precedente: *“la jurisprudencia tiene declarado que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designe específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades, y no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante”*. La verdad es que, puesto a no utilizar colores, me quedo sin “resaltes” en el ordenador.

Con todos los respetos a nuestro más alto tribunal, la argumentación no puede ser más pobre y, con todos los respetos al cartero, más asimilable a su formación funcional.

Los carteros y los tribunales (o los tribunales y los carteros) tienen la obligación, como todo ciudadano, de respetar el principio constitucional de seguridad jurídica. Los unos en el ámbito de las comunicaciones postales, los otros en el más elevado de la seguridad jurídica general; la seguridad de las transacciones.

De seguir la doctrina de estas sentencias (¡ojo, ya dos sentencias!), ningún operador jurídico sabrá cuál es el alcance de un poder general/expreso con facultades “para vender”: ¿Puedo vender a quien quiera cualquier bien con los “poderes generales” que nos otorgamos mi esposa y yo el pasado mes de diciembre?

Estoy convencido de que un notable porcentaje de magistrados de la Sala sentenciadora tienen otorgados “poderes generales” de ese tipo a –o por- sus cónyuges, y que no dudarían ni un minuto en que ¡claro que pueden vender el apartamento en La Manga! ¿Cómo que no, si tengo “poderes expresos para vender” dados por mi mujer? En cambio, esos mismos jueces, cuando fallan pretendiendo hacer justicia en el caso concreto, sientan una doctrina que es totalmente opuesta. Ello es consecuencia de la confusión entre “poder general”, “poder especial”, poder “concebido en términos generales” y “poder expreso”, que es total en la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal.

Pero, por duro que resulte contestar airadamente a nuestro más alto Tribunal, los notarios vivimos –y, muy por encima de nosotros, España también- de dar certeza, de ofrecer seguridad en las transacciones, de garantizar –diría que dar fe es lo de menos- a los compradores y a los vendedores, a los acreedores y a los deudores, a ... que estén tranquilos, que paguen o cobren porque la operación está cerrada y es firme. Y, muy sinceramente, con una jurisprudencia así, no se puede.

Recapitemos: ¿quiere decir nuestro Tribunal Supremo que, pese a la inveterada práctica nacional e internacional, ahora resulta que desde 2010, al menos, los mal llamados “poderes generales” (y “expresos para vender, hipotecar, avalar ...”) ya “no sirven” en el derecho español”? Veámoslo.

## **II. EL MANDATO Y/O PODER GENERAL Y EL MANDATO Y/O PODER CONCEBIDO EN TÉRMINOS GENERALES.**

### **A.- EL ARTÍCULO 1712 DEL CÓDIGO CIVIL.**

El artículo 1712 de nuestro Código Civil contempla –y no contrapone—el mandato general para “todos los negocios de mandante”, y el mandato especial para “uno o más negocios determinados”.

La doctrina nunca ha sido demasiado clara al interpretar este precepto. Lo usual es decir que el mandato es general cuando abarca toda la actividad patrimonial del mandante o “también” (y entrecorrido el “también” porque ahí está mi particular discrepancia) todos los negocios jurídicos del mandante. En consecuencia, es “especial”, el mandato que sólo contempla una actividad o uno o varios negocios jurídicos.

Anticipo mi postura que, como la veo evidente, puestos en contacto los artículos 1712 y 1713, la justificaré poco: el artículo 1712 se refiere sólo a la actividad, el artículo 1713 al negocio jurídico.

El artículo 1712, cuando habla de “todos los negocios” o de “negocios determinados” no se está refiriendo al “negocio jurídico” (compraventa, permuta, hipoteca ...) por mucho que se trate de una norma “jurídica”, sino a la “actividad” del principal. Del “negocio jurídico concreto” no se ocupa el artículo 1712, sino el artículo 1713.

Situémonos en 1889 o, si lo prefiere el lector, en la Francia de 1804 (dado que los artículos 1712 y 1713 de nuestro Código son reproducción bastante aproximada de los artículos 1987 y 1988 del Código francés) y se detectará que por “negocios” no hay que entender la compraventa, permuta ... sino los “asuntos” (“affaires”, en el Code) del mandante.

Cuando se publica nuestro Código (u ochenta y tantos años antes el francés) la propiedad es básicamente agrícola. Todo propietario que se preciara, tenía su capataz en Castilla/Andalucía, su “encarregat” (encargado) en Valencia o su “procurador” en Cataluña. O su mayoral en el ámbito de la ganadería. El encargado, procurador, mayoral y/o capataz era quien por encargo del amo –siempre verbal— (yo, que conozco bien la realidad catalana y valenciana, nunca vi un “encargado/procurador” con poderes) es el que decide la contratación del personal agrícola, las “tandas” de riego, las ventas de cosechas, el cobro (en el caso de procurador catalán) de los alquileres. Ése es el mandatario general del artículo 1712. En Francia y aquí. Y en Valencia, por lo que me consta por notoriedad, sigue siendo así en 2014. Jamás he firmado yo (senyoret) un contrato de venta de naranjas, lo hace por mí mi encargado, que dispone de un mandato general y verbal para ello. Y en derecho a veces es mejor “escuchar a la calle” que citar las últimas aportaciones de la doctrina.

Tan es así que el diccionario de la Real Academia continúa definiendo al “capataz” (en su 2ª acepción) como “*persona a cuyo cargo está la labranza y administración de las haciendas del campo.*” Y al “encargado” (2ª acepción también) como “*persona que tiene a su cargo una casa, un establecimiento, un negocio, etc., en representación del dueño.*” Es decir, la RAE los define como auténticos “apoderados generales”, aunque no tengan facultades expresamente conferidas.

Eso no impide, por supuesto, que el dominus pueda restringir la actividad de su capataz/encargado/procurador a la finca La Almoraima o a los pisos en la ciudad Barcelona. Éste es el “mandatario especial” ex artículo 1712.

Y, por supuesto, cabe un mandato, o un poder, *general y especial a la vez*: “te encargo la llevanza de mis tierras y, especialmente la administración de la finca La Almoraima”.

En definitiva, el artículo 1712 recoge la clásica distinción entre la “procuratio omnium bonorum” y la “procuratio unius rei”, sin sacar consecuencias de momento, porque eso ya no es materia de este artículo sino del siguiente.

En cambio, sí saca punta a la distinción el artículo 22 del Código de Comercio que, respecto del empresario, tanto individual como social, prevé la inscripción obligatoria

de “los poderes generales”, siendo voluntaria la inscripción de los poderes especiales. Como es sabido, el empresario individual, salvo el naviero, es de inscripción potestativa (art. 19 C<sup>o</sup>C<sup>o</sup>) pero, si opta por inscribirse en el Registro Mercantil, la inscripción de los poderes que otorgue como comerciante queda sujeta a un régimen igual al del empresario social.

La interpretación del artículo 22 del Código de Comercio siempre fue pacífica. Así: el poder para actuar en nombre del dueño respecto de la Torre Picasso es un *poder especial*; aunque el apoderado tenga un elenco detalladísimo de facultades, incluidas las de transigir, enajenar, hipotecar y ejecutar actos de riguroso dominio. Ese poder, como especial que es, no hay por qué inscribirlo en el Registro Mercantil. Y seguiría siendo especial, y excluido de la obligatoriedad de inscripción, aunque el encargo incluyera las Torres KIO y los cuatro rascacielos de la Ciudad deportiva del Real Madrid (supuesto, claro está, que el amo fuera el mismo).

En cambio un poder solamente para administrar y contratar suministros respecto de todos mis bienes en España (ídem, si fuera sólo para los de Extremadura y, para mí, igual aunque se restringiera a los bienes de Mérida, sin citarlos) es un *poder general* y, como tal, debe inscribirse en el Registro Mercantil. Y ello será así aunque ese poder no contenga autorización para ningún acto de riguroso dominio o, si se prefiere, ni una sola operación que haya de causar inscripción en el Registro de la Propiedad. Es decir, un poder puede seguir siendo general aunque contenga pocas facultades “expresas”, que no especiales.

Recapitulando. El poder general del artículo 1712, no es el que contiene “muchas” facultades, sino el que se refiere a todos los negocios o asuntos del poderdante. Por lo mismo, no se puede confundir un poder especial con un poder expreso. El poder especial es el que se refiere a uno varios “asuntos” concretos y, a su vez, puede “expresar” muchos o pocos “actos”.

Otra cosa es que en la práctica suelen estar próximos el poder general del artículo 1712 y el poder “concebido en términos generales” que contempla el artículo 1713. Pero están próximos, no por una razón dogmática, sino por una cuestión meramente de hecho, porque lo habitual en quien contrata a un capataz general es concederle facultades para, al menos, todos los actos de administración.

## **B.- EL ARTÍCULO 1713 DEL CÓDIGO CIVIL Y LAS SENTENCIAS DE 2010 Y 2013.-**

De los actos y negocios jurídicos se ocupa, pues, el artículo 1713. El precepto no utiliza la palabra “negocio” sino la de “acto”. La palabra negocio la ha reservado para el artículo 1712, a fin de no introducir la confusión que, finalmente, ha acabado produciéndose en la jurisprudencia. Y además el Código hace gala de un excelente castellano, porque la primera acepción de la palabra negocio en el Diccionario de la RAE es “ocupación, quehacer o trabajo”.

El artículo 1713 opera con una lógica imbatible. Si al capataz le has dicho “encárgate de llevar mis fincas” (mandato general, habitualmente de palabra) o “encárgate de llevar esta finca” (mandato especial), estaremos ante un mandato, general o especial, “concebido en términos generales”, que sólo alcanza los actos de administración (ordinaria, me atrevería a añadir), porque no hay un solo propietario en el mundo que considere que el encargado de la llevanza de todas o alguna de sus fincas tiene atribuida, además, la facultad de venderlas o hipotecarlas.

Si el dominus quiere que su capataz pueda vender, tiene que darle un poder/mandato expreso para ese tipo de “actos”, que, además (art. 1280) deberá constar en escritura pública. Poder expreso en cuanto al acto, que nada tiene que ver con el carácter general o especial del objeto del mandato.

Por ello resulta inadmisibles decir que “un poder general con facultades expresas para vender” no faculta para realizar cualquier bien del principal, si no se cita en el negocio de apoderamiento el objeto. Nadie lo había entendido así. Nadie salvo nuestro Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 26 de noviembre de 2010, reiterada por la de 6 de noviembre de 2013.

Volvamos a ver un párrafo de esa doctrina que no he dudado en calificar de “terrorífica”: “la jurisprudencia tiene declarado que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designe específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades, y no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante”.

¿Cómo nuestro TS puede decir eso? ¿Cómo argumenta, en otro de los fundamentos, que el poderdante “no pudo prever”, deduciendo la conclusión de que se produce una falta de consentimiento que aboca a la inexistencia del acto? ¿Dónde quedan los poderes preventivos introducidos en 2003 en el último párrafo del artículo 1732? Porque un poder preventivo, por definición, se otorga “para cuando el principal no pueda decidir”.

¿Ha “derogado” nuestro Tribunal Supremo el artículo 22 del Código de Comercio? Cómo eso no puede ser, ¿por qué el ciudadano de a pie no puede hacer lo mismo, por vía de poder, que el empresario individual o social?

No negaré que el Tribunal Supremo ha buscado en la sentencia de 2013 la solución justa, pero para ello disponía de otras vías que no fueran la de entrar como elefante en cacharrería en el tema de los poderes, citando, además, genéricos precedentes que no existen.

En el caso de la Sentencia de 2010 se trató de un operario que en 1994 sufrió un accidente al caer desde considerable altura, lo que le ocasionó, entre otras secuelas, una paraplejía. La petición inicial de indemnización era muy elevada, pero el letrado acabó transigiendo por unos cientos de miles de pesetas, a pagar por la aseguradora.

El letrado disponía de un poder de los llamados general para pleitos con dos cláusulas específicas: una para formular querrela criminal por un presunto delito de imprudencia contra el patrono; otra para *“negociar indemnizaciones establecidas por acuerdo transaccional o sentencia judicial ... para transigir y desistir de las acciones civiles y penales objeto de la querrela”*.

El TS acaba fallando que el poder no era un simple poder general, sino un poder especial, pues *“en la cláusula consta claramente el objeto para el cual se confiere el mandato para transigir”*. Así pues admite el recurso, revoca las dos sentencias de instancia y confirma la transacción.

Previamente, para llegar a esa conclusión, la sentencia desenvuelve la teoría de que “para transigir hace falta un mandato especial” y que “mandato especial es el que contiene designación concreta del objeto”, y que para los actos de disposición (ahora no se refiere a la transacción solamente) es precisa la especificación de los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades.

¿Por qué el TS se complica la vida de ese modo? Podría haber dicho que la transacción, dada su especial naturaleza, requiere una concreción del objeto mayor que la exigida para los actos de disposición en general y, probablemente, tuviera toda la razón. Si Ticio da un poder con facultades expresas para transigir, sin más especificación, lógico es que su apoderado no pueda acordar la indemnización procedente por un ataque al honor, o por las lesiones derivadas de una agresión física. Es razonable que se exprese el objeto sobre el que habrá de recaer la transacción. Pero, para llegar a esa conclusión, no es preciso decir que esa doctrina se extiende a “todos los actos de disposición”; porque en éstos el objeto del poder queda

perfectamente determinado si Ticio dice, o se deduce del poder que otorga, “todo mi patrimonio”.

Una transacción puede dar lugar a multitud de negocios jurídicos: “acordamos que la finca A es para Cayo y la B para Ticio, pero como la finca A vale mucho más, Cayo tendrá que compensar a Ticio, transmitiéndole su chalé en la montaña y, además, deberá pagarle un millón de euros, para lo cual constituirá hipoteca sobre ...” Como esa complejidad es de previsión inasumible es razonable exigir una concreción más precisa del objeto de la litis.

Llegados a este punto, es de destacar que esta sentencia de 2010 (del Pleno, no se olvide) tiene un voto particular, el del magistrado Sr. Xavier O’Callaghan, dato importante porque resulta que es precisamente el magistrado ponente de la sentencia de 2013.

El magistrado O’Callaghan dicta un voto particular que “disiente totalmente del contenido de la sentencia”. Argumenta que la función de los tribunales es “hacer justicia, de acuerdo con el Derecho” (el subrayado es mío, y el entrecomillado original).

A su juicio debió inadmitirse el recurso (y confirmar las resoluciones de Juzgado y Audiencia que anularon la transacción) porque el poder era para “transigir en el proceso”, pero no “fuera de él”; y porque el acuerdo se instrumentó en un mero “recibo de cantidad, con una referencia a un acuerdo transaccional que nunca existió”; aparte de ser “una transacción que se estima arbitraria e ilógica”.

Me parece razonable la postura del magistrado O’Callaghan; coincido con él en que un poder para transigir en el proceso, con la correspondiente homologación judicial, no faculta para transigir extrajudicialmente. Aunque en el caso no está nada claro que el acuerdo extrajudicial quedara excluido, puesto que el poder hablaba de *por acuerdo transaccional o sentencia judicial*.

Pero en lo que no puedo coincidir es en que apoye su argumentación, tal como hace en el voto particular, en la afirmación de que *“de toda la jurisprudencia que ahora se reitera, se desprende, en primer lugar que para los actos de disposición se precisa un mandato específico, llamado normalmente expreso o especial, en el sentido de detallar concretamente los actos de disposición que comprende, no en términos generales sino específicamente”*.

¡Caramba! ¡Pobres notarios, miles (o docenas de miles) de escrituras nulas! (Rectius: ineficaces, porque el papel nunca es nulo, lo será el negocio jurídico plasmado en el mismo).

Se dirá que ni el voto particular, por serlo, ni la sentencia de 2010 en sí, porque casa la de la Audiencia fallando que el poder del caso era “especial”, constituyen la ratio decidendi del fallo. Pero, como hemos apuntado antes, se produce la coincidencia de que el magistrado firmante del voto particular a la sentencia de 2010 es el mismo que tres años después actúa como ponente en la de 2013. Y en ésta pronunciamientos similares sí constituyen ratio decidendi.

La ratio de la sentencia de 6 de noviembre de 2013 no puede ser más simple: “es preciso que se concrete en el mandato con poder de representación, el acto y el objeto con sus esenciales detalles”, por lo que la donación otorgada con base a un poder general, con facultades expresas para hacer y recibir donaciones, pero sin especificar el objeto, es nula por inexistente. Porque en el caso se concretó el acto (donación), pero no el objeto.

Pues bien, esa doctrina, aunque la reitere el TS cincuenta veces más, no es cierta. El artículo 1713-2 CC exige que el “acto jurídico” (venta, hipoteca ...) se exprese; porque el art. 1713 se ocupa sólo del acto, no del objeto.

El objeto, el asunto, o el negocio --en la primera acepción de la RAE— es cosa del artículo 1712, que en ningún momento exige que se exprese, sino todo lo contrario, y de ahí los poderes “generales”.

No diré que la “solución material” de la sentencia de 2013 no sea justa, que probablemente lo es. Y digo “probablemente” porque quién sabe si la hija, una vez salido el padre de la residencia, no le indujo a revocar el poder y a hacer testamento a su favor. Al fin y al cabo el padre podría haber accionado antes de morir, y no lo hizo.

Pero sí diré que a la misma solución pudo llegarse por caminos mucho más imaginativos, “con arreglo a Derecho” parafraseando al magistrado Sr. O’Callaghan.

Cupo acudir al negocio simulado, alegando que el hijo lo que realmente quiso es beneficiarse él y por eso simuló una donación a favor de su pareja. Hubiera bastado para ello con leer la página 168 de la monografía sobre la representación del expresidente de esa misma Sala Primera, Doctor Díez Picazo. (“La representación en el derecho privado”, editorial Civitas, 1979).

O cupo acudir directamente al negocio fraudulento, por similares motivos. Por lo mismo que cupo alegar la teoría del contrato con causa torpe ex artículo 1306 CC. O, más probable todavía, alegar la figura del “contrato sin causa”, dada la especial naturaleza de la donación y su difícil encaje con el poder general con expresas facultades para hacer liberalidades sin más especificación. Tema que pasamos a desarrollar en el último epígrafe de este comentario.

### III.- EL PODER “GENERAL” PARA HACER DONACIONES.-

Anticipo la conclusión: para mí no cabe un poder general “para hacer donaciones” sin especificar, antes que la cosa (el objeto, en la terminología del TS), el destinatario o, al menos, el grupo de destinatarios (mis hijos, las ONGs) o beneficiarios del ánimo liberal.

La donación no es un acto de disposición más, sino que participa, y mucho, de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad. Participan de esa naturaleza no sólo donaciones las mortis causa, respecto de las que lo dice expresamente el artículo 620 CC, sino también las inter vivos, como lo demuestra que son revocables por las causas legales y, como los legados, computables, imputables y reducibles, además de colacionables. Son actos inter vivos que tienen una enorme trascendencia a la hora de ordenar la sucesión del donante.

Nuestro Código Civil no admite el testamento por comisario, no quiere que “sea otro” el que ordene la sucesión del causante (art. 670), ergo parece lógico que tampoco sea un tercero el que “vaya ordenando en vida” la sucesión del causante sin disponer de un encargo especial de éste indicando los destinatarios de su liberalidad. Incluso en las legislaciones forales que admiten el testamento por comisario, o regulan la figura del distribuidor, la designación queda circuida al ámbito familiar. Y en el propio CC la figura del distribuidor (art. 831) queda reducida al viudo en el ámbito de los hijos comunes.

Pero, además, hay dos razones muy poderosas para negar todo valor al “*poder general para donar*”: una deriva de la causa; la otra, de la forma.

#### A) La causa.

Es una obviedad decir que todo contrato requiere como elementos esenciales la concurrencia de consentimiento, objeto y causa. Y, además, en ciertos contratos, entre los que se halla la donación de inmuebles, la forma.

En los contratos onerosos la causa objetiva es la contraprestación (art. 1273 CC). La contraprestación sin más añadidos. El vendedor quiere el precio y el comprador la cosa, cualesquiera que sean los “motivos”. El motivo no altera la causa: Ticio puede querer vender para recibir un dinero que a su vez (motivo) destinará a asegurar su vejez, o a comprar droga en el mercado negro, o a repartir entre los pobres. Eso no altera para nada la causa, que es sólo el cobrar. Y si Ticio da un poder general para vender --o para comprar— sin concretar el objeto, está ya proyectando el consentimiento sobre la causa, que en un caso será obtener líquido (poder para vender) y en el otro invertir (poder para comprar). Por eso un poder para vender no sirve para permutar o para hipotecar.

Se dirá que si Ticio no especifica qué bien quiere vender (o comprar) no está proyectando la causa sobre el negocio jurídico concreto, ¡Pero es que eso es, precisamente, lo que autoriza la combinación de los artículos 1712 y 1713 del Código Civil! En los actos de disposición hay que proyectar el consentimiento sobre la causa mediante concretar el negocio jurídico (art. 1713-2), pero el objeto puede dejarse a la elección del apoderado (art. 1712-2).

Más aún, nuestro Código Civil, en el artículo 1713-2, es generosísimo en relación con la causa pues, en coherencia total con el artículo 1274, se conforma con que quede clara (“expresa”) la voluntad de disponer (“enajenar”), sin exigir la determinación de la “concreta contraprestación” (cosa, precio, derechos de crédito ...). Es decir, nuestro Código ni tan siquiera exige la determinación de la clase de negocio jurídico concreto de disposición. Eso sí, siempre que ese negocio de disposición sea a título oneroso; pues, en otro caso, simplemente “no habrá causa”, como intentaremos demostrar a continuación.

Porque, en los actos a título gratuito, esa proyección del consentimiento sobre la causa es ontológicamente imposible si no se concreta la persona del favorecido o, al menos, el círculo de personas beneficiarias.

Si en la donación —añámonos, por comodidad, a la pura y simple— la causa es “la mera liberalidad del bienhechor”, es imposible concebir un tal “bienhechor” al que sea indiferente donar a la CIA o a Al Qaeda, a los tirios o a los troyanos, a los hijos o a los extraños. No hace falta argumentar demasiado para demostrar que el consentimiento no puede proyectarse adecuadamente sobre la causa en los actos a título liberal en un poder que no especifique el destinatario de la merced o, al menos, el grupo objetivo de beneficiarios: mis hijos (todos), mis sobrinos (todos). Quizá fuera bastante también, en los negocios de carácter puramente altruista, la expresión de la calidad de los beneficiarios: los niños pobres de África, las entidades de lucha contra el alzheimer ... porque en tal caso sí queda expresada la causa de la liberalidad. La Humanidad, al fin y al cabo, no deja der el prototipo de sujeto universal.

Por análogos motivos entiendo que hay que admitir también el poder general, dentro del ámbito familiar, al cónyuge para donar a los “hijos comunes en partes iguales o desiguales”. No veo por qué en este materia hay que ser más rigurosos en el inter vivos que en el mortis causa (art. 831 CC).

Por lo dicho, la ratio de la sentencia de 6 de noviembre de 2013, mucho antes que radicar en la indeterminación del objeto, pudo hallarse en la indeterminación de la causa. Se trató, en definitiva, de un contrato “sin causa”, porque no fue el donante, sino un tercero —el apoderado— quien la pretendió determinar. Y “un ánimo”, lo mismo que el amor o el odio, por definición, no pueden delegarse.

## **B) La forma.**

Pero, además, hay otro argumento a tener muy en cuenta: el artículo 633 del Código Civil. La donación, la de cosa inmueble al menos, requiere como forma ad

solemnitatem la escritura pública. En la escritura el donante ha de explicitar su animus donandi, al punto de que nuestro TS ha declarado no válidas las donaciones simuladas bajo la forma de compraventa, porque en ellas no se expresa dicho “ánimo”. Y ello pese a ser indubitada la voluntad de “transmitir sin percibir nada a cambio”. Volvemos, en definitiva, al tema de la causa en relación a la forma y viceversa.

El artículo 633 del Código, según –ahora sí– reiterada jurisprudencia, requiere la constancia ante notario de “a quién” se quiso donar y “qué cosa” se quiso donar. Lo que se compadece mal con un poder general “para donar” sin más especificaciones.

Por lo dicho, cabe, por supuesto, el poder “para hacer donaciones”, pero no un poder general, sino un apoderamiento “especial y expreso”, concretando “el que” y el “a quien”, con lo que el animus donandi queda explicitado en el instrumento público y el apoderado se convierte en un mero nuncio. Pero la razón de esa concreción no estriba en que los poderes para actos de disposición in genere la requieran, sino porque la donación así lo exige, no en el artículo 1713, sino en el 633 en relación con los artículos 1261 y 1274 del Código Civil.

Y quizá cupiera también un poder “relativamente general” (todos mis bienes inmuebles ... todas mis acciones ... metálico hasta la suma de ...) pero especificando siempre en favor de quién se proyecta el ánimo liberal e, incluso aquí (un nuevo quizá dentro del quizá) admitiendo un cierto grado de “colectivización objetiva”: los hijos, las entidades asistenciales, las órdenes religiosas ... Sobre todo en el ámbito de los poderes entre cónyuges. Pero no es ése el tema de nuestro comentario.

Aquí sólo se ha tratado de patentizar que nuestro TS, en la sentencia de 2013, podría haber llegado a la misma conclusión, materialmente justa, por caminos mucho menos agresivos para la seguridad del tráfico jurídico. Sin alterar lo que constituye una doctrina y una práctica generalizada en todos los países de nuestro entorno cultural y económico.

Sin necesidad, en definitiva, de dar por bueno que un poder expreso para vender (o realizar actos de disposición, in genere) requiere la especificación del objeto. Por cierto, ¿por qué hay que concretar sólo la cosa y no el precio (el mínimo, al menos) si ambos son elementos esenciales del contrato de compraventa?

De los artículos 1712 y 1713 CC no resulta ni remotamente eso, aunque lo diga nuestro Tribunal Supremo una o cien veces.

Porque *“las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”* (art. 1.1 CC). Y la jurisprudencia (art. 1. 6 CC) sólo *complementa* el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar dichas fuentes. Pero sin saltárselas, como corresponde todo Estado de Derecho.

**NOTA.-** Este artículo/comentario fue publicado en la web interna notarial [seguridadjuridicasigloxxi.es](http://seguridadjuridicasigloxxi.es). Al mismo siguió una apostilla en la misma web, publicada bajo el pseudónimo “Hispalense”, que por su interés me permito reproducir.

El concreto problema de la donación resuelto por la Sentencia de 6 de noviembre de 2013, está estudiado por la Profesora Isabel González Pacanowska en los Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, en un trabajo titulado Apoderamiento y Donación (El mandato general para donar “Cui voles et quid voles”), Tomo I, Valencia, 2011, páginas 1273 a 1289. También había hecho referencia a la cuestión en sus comentarios a la Sentencia de 30 de junio de 2009 en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 83, 2010, mayo – agosto. páginas 905 a 921. Sus conclusiones son semejantes a las de Tomás Giménez Duart, estando así recogidas en el artículo 778 del Codice Civile de 1942. Lo anterior ha determinado que el problema esté profundamente estudiado en la doctrina italiana, al contrario que las escasas referencias que se encuentran sobre ello en la doctrina española, Puig Peña, Lacruz, Albadalejo y pocos más. En Italia, a finales del siglo XIX, la Corte de Casación tuvo que enfrentarse con el problema, lo que motivó que juristas destacados escribiesen sobre ello, a pesar de que el Codice de 1865 no contemplaba expresamente el supuesto.

Resulta significativo que la Circular del Colegio de Notarios de Cataluña Nº 2001/0005, de 13 de febrero de 2001, titulada Nota Informativa Nº 5 Algunas precisiones sobre el otorgamiento de poderes, expresaba lo siguiente: “No debe incluirse nunca la facultad de hacer donaciones sino sólo la de aceptarlas. En los modelos de impresos antiguos del Colegio de Cataluña existía esta facultad, por lo que se encuentra en los otorgados hace muchos años. Pero se suprimió por su peligrosidad y por entender que no es delegable la facultad de desprenderse del patrimonio en general, sin recibir nada a cambio. La facultad de hacer donaciones debe otorgarse con carácter concreto, para uno o más actos, pero nunca como facultad de carácter general”