

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR008158

RESOLUCIÓN de 25 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 34 a inscribir una escritura de donación.*(BOE de 18 de noviembre de 2016)***SUMARIO:**

Registro de la Propiedad. Escritura de donación de una finca en cuyo otorgamiento la donante está representada por el mismo donatario. Mandato. Apoderamiento. Poder general. No puede identificarse el mandato con el poder, pues son realidades jurídicas diferenciadas. Aunque de ordinario al poder subyace un contrato de mandato como negocio jurídico causal, puede existir poder sin mandato y mandato sin poder. Mientras que el mandato afecta primordialmente a las relaciones materiales internas entre el mandante y el mandatario, el apoderamiento es un concepto de naturaleza más bien formal, que trasciende a lo externo y va dirigido a ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro de los límites del poder que le ha sido conferido; mientras el mandato tiene su origen en un contrato, negocio bilateral, obligatorio entre partes, la representación, que puede tener un origen legal o voluntario, como mera facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge, si hablamos de la voluntaria, de un negocio unilateral de apoderamiento, que puede ser independiente del contrato de mandato y existir sin él. Solo en el caso de que la representación tenga su origen en un contrato de mandato se habla de mandato representativo, figura en la que el mandato-contrato va unido a la representación -apoderamiento, acto unilateral de concesión del poder para representar al mandatario-. Sobre la posibilidad de que el poder para representar a otro y actuar en lugar del mismo se halle desvinculado del mandato, aunque es ordinario que los poderes vayan ligados a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas a que han de ajustarse el poder y la relación jurídica obligatoria que origine el otorgamiento. Tales diferencias derivan de que el apoderamiento, como negocio unilateral destinado a servir de instrumento a los fines perseguidos con el contrato subyacente, no cumpla otra función que la de otorgar al apoderado la facultad de ejecutar, con heteroeficacia, las gestiones representativas contractualmente encomendadas.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 221, 1.258, 1.281, 1.710, 1.712 y 1.713.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 18 y 322 y ss.

Ley Cataluña 25/2010 (Libro segundo del Código civil, relativo a la persona y la familia), arts. 222-2.1 y 222-44.

En el recurso interpuesto don M. A. H. H., abogado, en nombre y representación de don A. M. C., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Madrid número 34, doña María del Pilar Rodrigo Lavilla, a inscribir una escritura de donación.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Ignacio García-Noblejas Santa-Olalla, el día 24 de mayo de 2016, número 1.478 de protocolo, se formalizó la donación de determinada finca. En dicha escritura el notario autorizante expresa que el donatario, don A. M. C., hace uso del «poder general» que le tiene conferido la donante, su madre, doña H. C. C., mediante la escritura que se reseña y tiene a la vista, de la que comprueba «que el apoderado está ampliamente facultado para representar a la poderdante, aunque incida en la figura jurídica de autocontratación o múltiple representación, así como salvando el conflicto de intereses o contrapuestos, entre otros, para: «...Hacer y aceptar donaciones puras o condicionales...» como la que por la presente escritura se formaliza».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 34, fue objeto de calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad n.º 34 de Madrid La Registradora de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación de la escritura autorizada el 24 de mayo de 2016 por el Notario de Madrid don Ignacio García-Noblejas Santa Olalla número mil cuatrocientos setenta y ocho de protocolo, presentada el veintidós de junio de este año bajo el asiento número 803 del Diario 23, acreditándose la liquidación y pago del impuesto, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada con base en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: 1. En la escritura de donación objeto de calificación, doña H. C. C. dona el pleno dominio de la finca registral 3.935 de la sección 3.º de este registro a su hijo, don A. M. C. 2. La citada donante comparece representada por el donatario en virtud de escritura de poder general autorizada el 9 de marzo de 2010 por el Notario de Madrid don Ignacio García-Noblejas Santa Olalla, número 492 de protocolo. De la reseña del poder que se realiza en la escritura resulta que el poder concedido es un poder general de administración y disposición, con facultades incluso para hacer donaciones, todo ello en el supuesto de múltiple representación, intereses contrapuestos o autocontratación, concedido con carácter genérico, con relación a bienes de todas clases, sin que, en consecuencia, se designen específicamente los bienes sobre los que el apoderado puede actuar. Fundamentos de Derecho: 1. El artículo 1713 del Código Civil dispone en su párrafo segundo que “Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso”. Este precepto en relación con los actos dispositivos a título gratuito, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de noviembre de 2013, en el sentido de que para que puede entenderse que el poder es expreso, entendido como específico, por contraposición al mandato en términos generales al que se refiere el párrafo primero del artículo 1713, según el Tribunal Supremo, no es suficiente que se mencione expresamente la facultad de donar, sino que es menester que en el poder se designen específicamente los bienes sobre los cuales el apoderado puede actuar, sin que sea suficiente la referencia genérica al patrimonio o bienes del poderdante. Así la referida sentencia señala lo siguiente: “(...) Lo cual debe relacionarse con el artículo 1713, párrafo segundo, del Código civil que exige mandato expreso (o específico) para actos de disposición (acto de riguroso dominio, expresa esta norma). Lo que, además, exige la jurisprudencia es que para la validez (o existencia) de un concreto acto dispositivo, es preciso que se concrete en el mandato con poder de representación, el acto y el objeto con sus esenciales detalles. Así, la sentencia del pleno de esta Sala, de 26 noviembre 2010 dice: El grado de concreción necesario en la designación del objeto del mandato depende del carácter y circunstancias de aquél. Así, la jurisprudencia tiene declarado que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designen 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. Es decir, conforme a la doctrina jurisprudencial que ahora se reitera, es que 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, lo que así han hecho las sentencias de instancia». 2. A pesar de que el Notario autorizante de la escritura que motiva la presente emite juicio de suficiencia de las facultades representativas del compareciente, atendida la doctrina antes expuesta del Tribunal Supremo, y a la vista de la reseña de las facultades representativas, dicho juicio de suficiencia no puede considerarse congruente con el negocio realizado, en la medida de que de la propia reseña del poder resulta que se trata de un poder general de administración y disposición concedido con carácter genérico, con relación a bienes de todas clases, y sin que se designen específicamente los bienes de que el apoderado puede disponer a título gratuito. En su virtud suspendo la práctica de la inscripción solicitada por los motivos expuestos. El asiento número 803 del Diario 23 queda prorrogado por sesenta días hábiles a contar desde la última notificación de la presente nota de calificación Esta calificación negativa podrá (...) Madrid, veintiocho de junio de dos mil dieciséis. La registradora (firma ilegible) Pilar Rodrigo Lavilla».

III

El día 29 de julio de 2016, don M. A. H. H., abogado, en nombre y representación de don A. M. C., interpuso recurso contra la anterior calificación alegando los siguientes motivos: «Primero. Vulneración artículo 6 Código Civil. Se basa la denegación del Registro 34 indicado, tanto en el artículo 1.713 del Código Civil como en STS de 6-XI-2013, al entender que el poder no es concreto al no indicar bien expreso que pudiese ser objeto de donación. Pues

bien, ello, además de contrariar el criterio del Notario actuante que sí entendió suficientes las facultades representativas, contraría incluso el criterio del propio Registro, el cual, dos años antes (ya después de la STS indicada), procedió sin cortapisa alguna a la inscripción de idéntica donación por parte de iguales partes, de la madre al hijo, de D^a H. C. C. a su hijo D. A. M. C., en virtud de idéntico poder. Ello acaeció mediante la inscripción de la escritura de donación de fecha 27-VI-2014 otorgada ante el Notario D. Ignacio García Noblejas Santa-Olalla con el n.º 1.362 de protocolo, finca registral nº 3.937 de este mismo Registro. Por tanto, ¿Cómo no consideró entonces el Registro que el mismo poder no era útil, válido o suficiente, y ahora sí? La STS había sido dictada 8 meses antes, pero ello entendemos tampoco sería excusa, desde el momento en que el desconocimiento de la ley no exime en modo alguno de su cumplimiento, menos aún de aquellos que viene con especial celo obligados a su conocimiento y cumplimiento. Así, entendemos que tal denegación vulnera de forma manifiesta el art. 6 del Código Civil, bien al inscribir la primera escritura, bien al denegar ahora la segunda "ignorantia juris nos excusat". Segundo. Vulneración doctrina actos propios, así como del principio de legalidad creando manifiesta inseguridad jurídica. Y ello desde el momento en que, dando traslado al Registro de la primera escritura cuya inscripción sí aceptó, con idénticos intervinientes en base al mismo poder, no indica causa alguna para efectuar tal discriminación. Y ello constituye una verdadera doctrina según refiere el T.S. entre otras muchas en STS 4743/2013 (...) También el TC se pronuncia al respecto para desgranar la doctrina de los actos propios, podríamos tener como punto de partida la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1988 (...).

IV

Mediante escrito, de fecha 18 de agosto de 2016, la registradora de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 221, 1258, 1281, 1710, 1712 y 1713 del Código Civil; 222-2.1 y 222-44 del Código civil de Cataluña; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero y 17 de octubre de 1932, 27 de diciembre de 1966, 3 de julio y 14 de diciembre de 1987, 20 de noviembre de 1989, 21 de febrero y 1 de marzo de 1990, 4 de diciembre de 1992, 24 de febrero de 1995, 15 de marzo de 1996, 6 y 31 de marzo de 2001, 15 de noviembre de 2007, 16 de mayo de 2008, 10 de junio y 26 de noviembre de 2010, 6 de noviembre de 2013, 1 de julio de 2014 y 20 de mayo de 2016; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de julio de 1993, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 1907, 31 de marzo de 1979, 15 de junio y 8 de noviembre de 2004, 13 de febrero de 2012, 20 de octubre de 2015 y 11 de abril de 2016.

1. El título objeto de la calificación impugnada es una escritura de donación de una finca en cuyo otorgamiento la donante está representada por el mismo donatario. En dicha escritura el notario autorizante expresa que el donatario hace uso del «poder general» que le tiene conferido la donante mediante la escritura que se reseña y tiene a la vista, de la que comprueba «que el apoderado está ampliamente facultado para representar a la poderdante, aunque incida en la figura jurídica de autocontratación o múltiple representación, así como salvando el conflicto de intereses o contrapuestos, entre otros, para: "...Hacer y aceptar donaciones puras o condicionales..." como la que por la presente escritura se formaliza».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el artículo 1713 del Código Civil exige mandato expreso para enajenar o realizar cualquier otro acto de riguroso dominio, y tal precepto, «en relación con los actos dispositivos a título gratuito, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de noviembre de 2013, en el sentido de que para que pueda entenderse que el poder es expreso, entendido como específico, por contraposición al mandato en términos generales al que se refiere el párrafo primero del artículo 1713, según el Tribunal Supremo, no es suficiente que se mencione expresamente la facultad de donar, sino que es menester que en el poder se designen específicamente los bienes sobre los cuales el apoderado puede actuar, sin que sea suficiente la referencia genérica al patrimonio o bienes del poderdante».

2. El artículo 1712 del Código Civil distingue entre mandato general y el mandato especial según que comprenda «todos los negocios del mandante» o «uno o más negocios determinados». Por otra parte, el artículo 1713 del mismo Código establece que el «mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los

actos de administración» y que para realizar actos «de riguroso dominio», como sin duda es la donación, «se necesita mandato expreso».

Según la recta interpretación de tales preceptos legales, basada en la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, el primero de ellos no atiende propiamente a la naturaleza de los actos -de administración o disposición- sino al ámbito de los negocios del mandante a que se refiere, es decir al alcance o a la extensión del mandato respecto de la esfera de asuntos o intereses del mandante (y no en el sentido técnico del término «negocio jurídico»). Y el segundo, el artículo 1713, atiende al contenido de las facultades conferidas al mandatario, de modo que la exigencia de mandato expreso a que se refiere el párrafo segundo comporta la necesidad de que la posibilidad de realizar actos de riguroso dominio conste inequívocamente. Por lo demás, en relación con esta exigencia, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1990, «la calificación de un mandato como expreso no depende de que su otorgamiento exigiese una determinada formalidad y constancia escrituraria, y así se ve que el artículo 1710, párrafo segundo, del Código permite que pueda darse por instrumento público o privado y aun de palabra; en esta misma línea se encuentra la doctrina jurisprudencial, al establecer que “la validez del mandato, por su carácter consensual, viene determinada por la existencia del consentimiento cualquiera que sea la forma en que se manifieste expresa o tácita, por escrito o verbal, siendo perfectamente compatible con estas formas de exteriorización el mandato expreso, que, desde luego, puede darse verbalmente, no siendo equivalente la distinción que hace el artículo 1712, con la del 1713 ya que en aquélla no atiende el legislador a los actos (de administración o de disposición) sino a los negocios que comprende el mandato”, doctrina que figura, entre otras, en las Sentencias de 3 de julio y 14 de diciembre de 1987, así como en la... de 27 de diciembre de 1966». En la citada Sentencia de 27 de diciembre de 1966 se expresa lo siguiente: «...la distinción del artículo 1.713 del Código Civil entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso para acto o actos determinados, no es equivalente a la del artículo 1.712 en mandato general y especial, ya que en ella no atiende el legislador a los actos, sino a los negocios que comprende el mandato, pudiendo por ello referirse un mandato concebido en términos generales, no sólo a un mandato general (comprensivo de todos los negocios del mandante), como cuando se confía genéricamente la misión de realizar cuanto sea necesario para una determinada gestión, sino a un mandato especial (que abarca solamente uno o más negocios determinados), como cuando se constituye para todo lo concerniente a una finca, por otra parte puede existir un mandato expreso para acto o actos determinados que se refiera bien a un mandato especial, que será lo corriente, bien a un mandato general, comprensivo de los actos dispositivos de todos los negocios del mandante, por lo que evidentemente el artículo 1.713 regula una cuestión de extensión del mandato y no de forma del mandato, lo único que se deduce es que cuando el mandato se extiende a los actos de disposición es necesario que esto sea claramente precisado, habiendo declarado en este sentido la jurisprudencia que para realizar actos de riguroso dominio por medio de mandatario exige el apartado segundo del artículo 1.713 que el mandato sea expreso o para negocio determinado, por ser insuficiente el concebido en términos generales a que alude el primer apartado del mismo artículo, mas no cabe confundir estas modalidades del mandato por razón de operaciones confiadas al mandatario, con las de mandato expreso y tácito a que se refiere el artículo 1.710 por razón de la forma en que es exteriorizada la declaración de voluntad...».

También pone de relieve el Alto Tribunal en Sentencia de 15 de marzo de 1996 que «conviene distinguir el concepto y alcance del apoderamiento o mandato concebido en términos generales, de aquel otro que abarca una generalidad de negocios perfectamente determinados. Respecto al primero la ley aclara que sólo comprende los actos de administración, exigiéndose la condición de la determinación específica para el resto de los actos de disposición». Y admite la validez del negocio celebrado mediante un poder de los denominados en la práctica «poderes generales» (en el supuesto de la referida Sentencia se trata de un amplísimo poder, por el que se conceden facultades de disposición que se detallan, entre ellas «comprar, vender y permutar, pura o condicionalmente, a retro con precio confesado, al contado o a plazo, toda clase de muebles, inmuebles, derechos reales y personales, acciones o participaciones de comunidades de aguas. Constituir, aceptar, dividir, enajenar, gravar, redimir y extinguir usufructos, servidumbres, censos, arrendamientos inscribibles y demás derechos reales, ejerciendo todas las facultades derivadas de la misma, etc.»; añadiendo al final de la enumeración: «ejercitar las facultades anteriormente referidas, aunque incida en autocontratación»; y consta que debe ser interpretado amplísimamente).

Por otra parte, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo según la cual en el caso de realización de actos de riguroso dominio no es necesario que el poder especifique los bienes sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas, siendo suficiente que se refiera genéricamente a los bienes del poderdante. Según la Sentencia de 20 de noviembre de 1989, «...en orden a la calificación de un mandato como expreso o especial ha de tenerse en cuenta la doctrina contenida en la Sentencia de 7 de julio de 1932 a cuyo tenor «si es cierto que no la índole de los bienes, sino la importancia del acto -enajenación, transacción, hipoteca, etcétera-, es lo que ha



servido de fundamento al principio de nuestro Derecho histórico, recogido en su artículo 1713, de que para ejecutar, por otra, cualesquiera actos de riguroso dominio, se necesita mandato especial o expreso, y que en consecuencia no precisa que el poder especifique qué bienes han de ser enajenados, hipotecados, etc., bastando que el poder autorice al mandatario, de un modo expreso, para tales actos». Y la Sentencia de 10 de junio de 2010 pone de relieve que «el Código Civil establece en el art. 1.713, párrafo segundo, que para enajenar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso. La jurisprudencia señala que la exigencia del mandato expreso equivale a especial (SS., entre otras, 1 de marzo de 1990, 30 de abril de 1992, 3 de noviembre de 1997, 6 de marzo de 2.001, 18 de diciembre de 2.006, 8 de enero de 2007, sin que sea preciso que se especifiquen los bienes que se pueden enajenar (SS. 7 de julio de 1932 y 20 de noviembre de 1989))».

En numerosas ocasiones se admitido en la jurisprudencia la validez de las donaciones otorgadas mediante esos denominados «poder generales». Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2001, la exigencia de mandato expreso conforme al artículo 1713 del Código Civil puede quedar cumplida con un poder redactado en términos de generalidad siempre que mencione los actos dispositivos a título gratuito (circunstancia que no concurría en el caso enjuiciado, en el que se otorgó poder general con facultades, entre otros particulares, para adquirir y enajenar por compraventa u otro título, toda clase de bienes y derechos;... y realizar y formalizar en representación del poderdante todos los actos y contratos que creyese conveniente, ya sean de administración de dominio, de gravamen o de otra índole). En un caso en que el tribunal de instancia había declarado la validez de una donación otorgada con poder en el que se autorizaba al apoderado para «comprar, vender y permutar bienes muebles e inmuebles,... y cualquier otro acto de disposición o riguroso dominio...», consideró el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de mayo de 2008 que para realizar actos de riguroso dominio como es el caso de donar no valen las presunciones, sino que es indispensable el mandato expreso cual exige el artículo 1713, si bien concluye que determinar si en la expresión que se ha reproducido se incluían o no las donaciones es un problema interpretativo del alcance del mandato otorgado y esta es una cuestión que está atribuida al tribunal de instancia, que sólo puede ser combatida cuando sea ilógica, errónea, arbitraria, absurda o contraria a derecho, y no se puede combatir en casación alegando supuesta vulneración del artículo 1713.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de julio de 1993 (y aunque en el caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes estimó que había extralimitación por el poderdante) admitió con carácter general la posibilidad de otorgar donaciones con un poder general (con las facultades siguientes de los apoderados: «para que en su nombre y representación, solidaria e indistintamente, aun incidiendo en la figura jurídica de autocontratación y no obstante la muerte del poderdante, con arreglo a la Ley 151 del Fuero Nuevo de Navarra, ejerciten las siguientes facultades: Administrar en los más amplios términos, bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la parte poderdante... Comprar, vender, permutar, dar o aceptar en pago o para pago, y, en general, enajenar toda clase de bienes muebles o inmuebles y derechos personales o reales, con plena libertad de estipulaciones...; hacer y aceptar donaciones puras o condicionales... Firmar cuantos documentos públicos o privados sean necesarios para el ejercicio de las facultades conferidas, facultades que deben interpretarse siempre en el sentido de mayor amplitud...»). Según esta Sentencia, «el poder de referencia, general, no concebido en términos generales, y expreso en cuanto en él se comprenden actos de disposición o de riguroso dominio, no especial dado que no se limitaba a uno o más negocios determinados, arts. 1712 y 1713 del Código Civil, y SSTS 14-12-1987 y 30-4-1992, autorizaba a tres distintas personas, [...] para, indistinta y solidariamente, poder administrar y disponer de la totalidad del patrimonio del poderdante, efectuando toda clase de negocios jurídicos, incidiendo incluso en la figura de la autocontratación, y citando entre aquéllos, de forma expresa, los de hacer y aceptar donaciones, sin determinar a quién o quiénes debían o podían hacerse ni tampoco cuál o cuáles bienes podían ser objeto de donación. [...] Se admite también en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la donación por medio de apoderado con poder expreso, y parece que no se exige para su validez un poder especial con determinación del objeto a donar y del sujeto donatario, cautelas que adopta el Código Civil italiano en su art. 778, pues la STS 4-12-1992, en el caso de que el apoderado no haya incurrido en «extralimitación de los límites del mandato», partiendo de que el «mandante que faculta sin cortapisa al mandatario para que otorgue la donación de sus bienes, le ha transmitido necesariamente ese ánimo» –ánimo de liberalidad del donante–, admite la validez de una donación otorgada por mandatario con poder expreso de «carácter genérico y sin acepción de las personas con quien había de contratarse...».

3. En relación con las anteriores consideraciones debe tenerse en cuenta también que no puede identificarse el mandato con el poder, pues son realidades jurídicas diferenciadas, como ya puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1932. Aunque, de ordinario, al poder subyace un contrato de mandato como negocio jurídico causal, puede existir poder sin mandato y mandato sin poder. Según la Sentencia del Alto Tribunal

de 24 de febrero de 1995, «como tiene sancionado la jurisprudencia y una prevalente doctrina científica, mientras que el mandato afecta primordialmente a las relaciones materiales internas entre el mandante y el mandatario; el apoderamiento es un concepto de naturaleza más bien formal, que trasciende a lo externo y va dirigido a ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro de los límites del poder que le ha sido conferido»; y en Sentencia de 15 de noviembre de 2007 añade que «mientras el mandato tiene su origen en un contrato, negocio bilateral, obligatorio entre partes; la representación, que puede tener un origen legal o voluntario, como mera facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge, si hablamos de la voluntaria, de un negocio unilateral de apoderamiento, que, tal como acontece en el caso de autos, puede ser independiente del contrato de mandato y existir sin él. Sólo en el caso de que la representación tenga su origen en un contrato de mandato se habla de mandato representativo, figura en la que el mandato-contrato va unido a la representación -apoderamiento, acto unilateral de concesión del poder para representar al mandatario-. Sobre la posibilidad de que el poder para representar a otro y actuar en lugar del mismo se halle desvinculado del mandato ha dicho también esta Sala que, aunque es ordinario que los poderes vayan ligados a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas a que han de ajustarse el poder y la relación jurídica obligatoria que origine el otorgamiento (Sentencias de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 27 de enero de 1945, 13 de enero de 1958, 17 de diciembre de 1959, 1 de marzo de 1988 y 13 de abril de 1994), y recuerda la Sentencia de 10 de julio de 2007 que «tales diferencias derivan de que el apoderamiento, como negocio unilateral destinado a servir de instrumento a los fines perseguidos con el contrato subyacente, no cumpla otra función que la de otorgar al apoderado la facultad de ejecutar, con heteroeficacia, las gestiones representativas contractualmente encomendadas».

Deben traerse a colación algunas consideraciones sobre tal materia expresadas en otras ocasiones por esta Dirección General, como en las Resoluciones de 15 de junio y 8 de noviembre de 2004: «a) Dentro del negocio jurídico de apoderamiento, la doctrina científica mayoritaria distingue entre relación originante, también llamada subyacente o básica, y relación representativa, asignando a aquélla la significación de causa del propio negocio de apoderamiento, que es contemplado como negocio ejecutivo que tiene su causa en el negocio inicial del que emana (v. gr., contrato de arrendamiento, trabajo, sociedad, mandato, etc.); b) En virtud de esta tesis causalista, se afirma con razón que las vicisitudes del negocio subyacente afectan al apoderamiento, si bien con el matiz fundamental de que los terceros, cuya buena fe debe presumirse, y la comunidad jurídica en general, por consideraciones de seguridad jurídica y del ineluctable reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad –con acatamiento, pues, de los actos de autodeterminación del poderdante–, deben sujetarse a los límites formales establecidos en el título formal del apoderamiento, salvo que se tenga constancia cierta de que el contenido de la relación básica queda contrariado por la específica actuación del apoderado; c) Íntimamente vinculado con lo anterior se suele destacar la relevancia del interés gestionado como elemento esencial del fenómeno representativo, lo que lleva a la doctrina mayoritaria a concluir que la representación sólo es tal cuando su ejercicio es expresivo de la defensa de un interés legítimo del representado o de un interés compartido entre éste y su representante (cfr. Ley 52 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra), pero aquí también debe advertirse que el ineludible encuadramiento del interés gestionado en el marco de la relación subyacente, implica de forma apodíctica que únicamente un conocimiento cabal de dicha relación originante permitiría apreciar si la actuación representativa entraña o no la lesión del interés jurídicamente protegible».

En casos como el presente, de poder general con especificación de facultad para donar sin restricción a esta facultad -en el que como afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia del 4 de diciembre de 1992 el poderdante ha transmitido al apoderado el ánimo de liberalidad ínsito en el contrato de donación-, será el apoderado quien puede elegir tanto al donatario como el bien que se dona, de modo que se origina una donación perfecta y sólo revocable conforme a las reglas generales de la misma, pues el consentimiento del poderdante se entiende prestado con el del representante. Cuestión distinta es que en caso de mandato representativo el apoderado no haya seguido las instrucciones que hubiera dispuesto el mandante o exista abuso o extralimitación en el uso del poder por el mandatario, algo que podrá ser valorado -en sede judicial-, pero sin que esa posibilidad de abusos o extralimitaciones pueda llevar a concluir que la validez de un mandato que tenga por objeto los actos de disposición, incluso los de liberalidad, dependa de que se designen específicamente los bienes sobre los que el apoderado puede ejercer las facultades conferidas. La indudable conveniencia de protección al donante poderdante ante posibles abusos o extralimitaciones del apoderado debe discurrir por la atención a la relación subyacente entre poderdante y apoderado, entre mandante y mandatario, valorando si existe falta de lealtad a lo acordado entre ellos; pero son cuestiones que quedan todas ellas al margen de la labor de notarios y registradores, pues las posibles instrucciones del mandante son irrelevantes frente a terceros al igual que las limitaciones que hayan podido establecerse y no hayan sido expresadas en el texto del poder, de modo que si el tercero no las conoce no le son



oponibles. Habrán de ventilarse en sede judicial, valorando las circunstancias de cada caso para determinar si la donación estaba comprendida en el mandato o si se realizó contra los intereses del donante o en fraude de sus derechos.

La reciente Sentencia de 20 de mayo de 2016 del Tribunal Supremo, respecto de una venta de participaciones sociales otorgada mediante un poder con un haz muy amplio de facultades: incluyendo la de enajenar bienes, tanto muebles como inmuebles, pero no la facultad de autocontratación, parte del presupuesto de la validez y suficiencia de ese poder como instrumento formal, si bien atiende a la relación de mandato entre las partes y considera como causa de la nulidad el ejercicio incorrecto de las facultades otorgadas en ese poder de representación, esto es, la extralimitación del mismo y la infracción del llamado deber de fidelidad, señalando lo siguiente: «...Con relación a la interpretación del poder de representación, particularmente respecto de los formulados en términos muy generales, debe señalarse, en primer lugar, que quedan sujetos a las directrices y reglas que nuestro Código Civil dispone en materia de interpretación (artículos 1281 y siguientes del Código Civil), si bien con inclusión de los criterios legales establecidos en el artículo 1713 del mismo cuerpo legal. En este contexto, la voluntad querida por las partes se erige como criterio rector de la interpretación, de modo que no puede atenderse de forma automática o mecánica a la mera literalidad del poder conferido, sino principalmente al sentido del encargo realizado, esto es, a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad querida y en relación con las circunstancias que concurren. En segundo lugar, y dado el fundamento del contrato de mandato en el recíproco vínculo de confianza entre mandante y mandatario, también deben destacarse los deberes de fidelidad y lealtad que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión que realiza el mandatario; STS de 28 de octubre del 2004. Estos deberes, con fundamento tanto en el principio general de buena fe (artículo 7 del Código Civil), como en su proyección en el artículo 1258 del mismo cuerpo legal (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe), y también en el criterio general de la diligencia específica aplicable en los negocios de gestión (artículo 1719 del Código Civil), implican que el mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (servare fidem), diligentemente y en favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés».

Cuando esta última Sentencia, de 20 de mayo de 2016, para declarar nulo un acto como el controvertido, acude a los criterios interpretativos del Código Civil en sede de mandato y gestión de negocios, tales como la extralimitación y falta al deber de fidelidad, pero sin objetar nada a la amplitud de facultades conferidas en el poder general, está marcando la pauta para resolver la cuestión que en este expediente subyace, en el sentido de que la valoración de aquellas circunstancias –que son las realmente decisorias– necesariamente deben ventilarse en sede judicial y quedan al margen de las funciones de notarios y registradores.

Con la perspectiva que resulta de estas consideraciones deben valorarse las decisiones que en la práctica judicial buscan medidas correctoras de situaciones de abuso en el concreto caso valorado para conseguir la solución más justa o equitativa. En este ámbito deben encuadrarse Sentencias como la de 6 de noviembre de 2013 citada en la calificación a que se refiere el presente recurso (relativa dicha decisión judicial a un supuesto en que se considera que con el otorgamiento del poder controvertido se trataba de proveer la estancia del padre poderdante en determinada residencia, facultando al hijo para realizar actos en nombre del padre que incluía facultad para hacer y aceptar donaciones, y el apoderado, al año siguiente, otorga donación a favor de su pareja sin conocimiento ni consentimiento de su padre que cuando salió de la residencia revocó el poder, de modo que se estima que se hizo un uso inadecuado de tal poder).

Pero tal circunstancia no puede impedir que ex ante, en el ámbito de la actuación de notarios y registradores, se apliquen las normas de Derecho positivo sobre la materia. Por ello, a falta de norma como la del Código Civil italiano (cuyo artículo 778 establece que es nulo «il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione»), o como la del artículo 221 del Código Civil español (del que resulta la prohibición de recibir el representante –tutor– liberalidades del representado legalmente –tutelado–), en nuestro Derecho debe concluirse en la admisibilidad del apoderamiento para donar sin necesidad de que especifique la persona del donatario o el bien que se dona, sin perjuicio de una posible valoración judicial de la existencia de eventual abuso o extralimitación respecto de un mandato representativo no reflejado en los términos de la escritura de poder.

Indudablemente, en caso de que las limitaciones e instrucciones para la actuación del apoderado correspondientes al mandato representativo no queden reflejadas en la escritura de apoderamiento no puede ignorarse que este poder de representación legitima al apoderado en el tráfico, de modo que notarios y registradores han de atenerse a los estrictos términos en que aquel haya sido redactado. En esa esfera de actuación no puede descartarse que existan relaciones subyacentes entre mandante y mandatario que justifiquen esa amplísima

legitimación del apoderado para actuar incluso en beneficio propio (es ejemplo de tal circunstancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1996 antes citada).

Ciertamente, debe ponerse de relieve la necesidad –más bien exigencia– de que en la formalización de apoderamientos generales, como el debatido en este expediente, el notario, a la hora de redactar la escritura pública, extreme su celo y haga las indagaciones oportunas sobre la intención y alcance que el otorgante desee dar al apoderamiento, pues son evidentes las necesarias dosis de prudencia que han de emplearse cuando de poderes generales se trata. Ello redundará en beneficio de la seguridad del tráfico y de la mejor y adecuada protección y salvaguardia de la autonomía de la voluntad y personal de los ciudadanos, principio básico de nuestro ordenamiento jurídico con un claro respaldo constitucional y que no puede ni debe ser restringido innecesariamente.

De seguirse hasta sus últimas consecuencias la doctrina en que basa su calificación la registradora, quedaría cercenada una vía tan frecuente y útil en la práctica como la de otorgamiento de poderes generales que de ordinario atienden a casos de ausencia duradera o de realización por un mismo apoderado de diversos actos o negocios de riguroso dominio en una fase temporal prolongada, sin necesidad de concesión de varios apoderamientos específicos «ad hoc» de forma sucesiva. Asimismo, en la mayoría de los casos perderían su razón de ser los denominados «poderes preventivos», generales normalmente, basados no ya en la autonomía de la voluntad, sino en el propio ámbito de decisión personal, introducidos en la regulación del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que, modificando el artículo 1732 de dicho Código, permite que la incapacidad sobrevenida del mandante no sea causa de extinción de éste cuando el mandante hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Igualmente, quedaría enormemente disminuida la utilidad del poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad regulado en el artículo 222-2.1 del Código civil de Cataluña, según el cual no es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses, añadiendo el artículo 222-44 que el apoderado, de acuerdo con el artículo 222-2.1, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente (algo que se realiza «ex ante» y sin contemplar la composición futura de su patrimonio, o posibles beneficiarios también futuros).

Por lo demás, el hecho de que en el presente caso la donante esté representada por el mismo donatario nada empece a la admisibilidad del poder debatido, ni justifica la exigibilidad de concreción del bien objeto de la donación, toda vez que la poderdante salva expresamente el conflicto de intereses, tal como refleja el notario autorizante (vid. sobre este extremo y la autocontratación en caso de donaciones las recientes consideraciones de esta Dirección General en las Resoluciones de 20 de octubre de 2015 y 11 de abril de 2016, que no es necesario reproducir para la resolución de este expediente).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 25 de octubre de 2016. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.