

2. «Apariencia jurídica y representación»

GORDILLO, Antonio: «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)». Con prólogo de J. B. Jordano Barea. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1978, 502 págs.

El uso inadecuado y desmedido de adjetivos encomiásticos aplicables a cualquier obra o actividad en la vida actual hace que tenga que retraerme al expresar mi juicio crítico sobre la presente obra, pues el lector de estas líneas no comprendería la importancia del libro en cuestión si afirmase yo —sin demostrar mi aseveración— que nos hallámos ante una obra sencillamente extraordinaria. Extraordinaria en el sentido más genuino de este término, es decir, fuera de lo ordinario. Es, en efecto, una obra fuera de lo común por sus pretensiones (repárese en el significado y en el alcance de su subtítulo); es una obra fuera de lo común por sus logros (sobre los que hablaré más adelante); es una obra fuera de lo común no porque deje resueltas todas las cuestiones, sino porque abre un camino casi insospechado; es, en fin, una obra fuera de lo común porque —y esto es muy sorprendente— la singular maestría del autor «envuelve» a veces al lector de tal modo que le impele a considerar indiscutible lo que, huyendo de la seducción de las páginas del libro, es discutible. Porque —digámoslo ya— uno de los mayores atractivos de esta espléndida obra reside, para mí, en mi relativo desacuerdo con lo que pretende demostrar su autor en ella.

Se compone esta nota de dos partes bien diferenciadas: un resumen del libro objeto de estudio y unas reflexiones críticas.

* * *

Vayamos primeramente al contenido. Encuentra el lector al principio del volumen un prólogo del profesor Jordano Barea, director de la tesis doctoral en que consistió este estudio. Se trata de un prólogo breve y preciso en el que el profesor Jordano presenta el tema, hace referencia a los puntos fundamentales del trabajo de A. Gordillo y, superando opiniones propias, acoge la opinión de su discípulo referente a que la protección de la apariencia es ya hoy un principio general del Derecho español.

La obra de Gordillo tiene tres partes, divididas en capítulos.

La 1.^a (I. Delimitación negativa: se rechaza la concepción separada de la representación) se compone de cuatro capítulos, en los cuales se fija la vinculación existente entre representación y relación-base que la sustenta, pretendiéndose con ello no sólo clarificar términos y perfilar conceptos, sino también mostrar el espacio libre que queda para la apariencia. En el capítulo 1.^o (págs. 15 a 53), tras definir la representación como «actuación en nombre ajeno con eficacia directa sobre el representado» (pág. 15) y distinguir, en torno a ella, el fundamento en que reposa (apoderamiento, *Bevollmächtigung*), el poder en que se cifra (poder, *Vollmacht*) y el docu-

mento en que a veces se refleja (documento del poder, *Vollmachtsurkunde*) (págs. 17-18), se pronuncia Gordillo, combatiendo las tesis que, reputando al apoderamiento acto jurídico en sentido estricto, pretenden desconectar sus efectos de la voluntad de su autor, a favor del carácter negocial del apoderamiento, dado que el contrato-base es indudablemente negocio y «dado el ser accidental del poder de representación respecto a la situación creada por el contrato-base que lo fundamenta» (pág. 24), aludiendo antes a que la regulación de los diversos Códigos civiles relativa al cometido configurador del poder por parte del poderdante reafirma dicha naturaleza negocial (págs. 19-25); tras afirmar que el apoderamiento es una declaración unilateral (págs. 25-27) y no recepticia (págs. 27-34), pasa el autor a tratar de los requisitos de la actuación representativa, que, según él, son dos: el poder de representación y la *contemplatio domini* (págs. 34 y ss.); el poder representativo consiste en una legitimación indirecta o excepcional de segundo grado (págs. 38 y 39); con respecto a la *contemplatio domini*, en cuya virtud el representante actúa en condición de tal y da a conocer al tercero la persona del destinatario de los efectos del negocio que concluyen representante y tercero (pág. 47), Gordillo insiste en su necesidad, oponiéndose a algunas tesis que pretenden, desde puntos de vista diversos, lo contrario (págs. 45-53). El capítulo 2.º (pág. 55-80) está destinado a demostrar la dependencia de la representación en su ser, respecto del contrato-base; Gordillo se enfrenta abiertamente a quienes, movidos por la conveniencia de proteger al tercero de buena fe, escindieron la vida del mandato y la vida del poder, arguyendo la abstracción de éste y, por ello, su autonomía frente a aquél; considera el autor que no cabe representación verdadera sin contrato-base válido, siendo la representación, como modalidad o cualidad del mandato, un puro accidente que, como tal, requiere para su existencia una substancia: el mandato (pág. 64); para Gordillo, si a veces (p. e., en caso de mandato inexistente o viciado) los terceros de buena fe son protegidos por confiar en el poder, no se debe ello a la abstracción de éste, sino a la inmisión de un principio distinto, no produciéndose entonces tales efectos en virtud de la representación; dicha dependencia de la representación respecto al contrato-base se da no sólo respecto de su nacimiento, sino también respecto de su régimen y de su funcionamiento; «No hay..., entre nosotros, abstracción del poder, sino únicamente un efecto reflejo de la protección de los terceros de buena fe» (pág. 79): la abstracción, por otra parte, no protege nunca al tercero más que el principio de protección de la apariencia (la abstracción no protege al tercero de mala fe) y, a veces, lo protege menos (piénsese en el supuesto de irregularidad del mismo negocio de apoderamiento) (págs. 78 y 79); para Gordillo, en síntesis, mandato y representación son figuras distintas, siendo posible la existencia del primero sin la segunda; pero ésta no puede darse sin aquél. Insiste en las mismas ideas, con valiosas matizaciones, el capítulo 3.º (págs. 81-101), en el que Gordillo indica que la extensión del poder coincide necesariamente con la del mandato subyacente (no siendo admisible hablar de «instrucciones internas» del mandante al mandatario que, por no contenerse en el poder, son inoponibles al tercero); lo que sucede

es que, con independencia de ello, el Derecho sanciona la eficacia frente a terceros de buena fe de aquellos actos que se comprendan dentro de la esfera aparente del poder de representación; en este supuesto, los efectos producidos tienen su origen en la ley y no, como ocurriría si se tratase de representación real y verdadera, en la voluntad privada creadora y configuradora del poder (págs. 93-94); algo similar sucede en el supuesto de abuso del poder: la irrelevancia frente a terceros de dicho abuso no se explica por una pretendida desconexión del poder respecto del mandato o por una amplitud menor de éste respecto de aquél, sino por la intervención de la ley ante la buena fe de los terceros, intervención acaecida al margen de los negocios de mandato y apoderamiento (págs. 95-101). El 4.º capítulo (págs. 103-128) consolida aún más la vinculación entre apoderamiento y negocio causal subyacente observando dicha vinculación desde la perspectiva de la extinción del poder de representación: «Entre sus causas —escribe nítidamente Gordillo, a modo de conclusión— ha de enumerarse... la de su relación-base; y, a su vez, la irrevocabilidad del poder sólo se explica como el resultado de la influencia sobre éste de la causa atípica compleja que justifica el conjunto negocial en que el mismo se integra. Y de todo ello, una importante consecuencia: siempre que tras la extinción de la relación causal se produzcan en relación con el tercero los efectos propios del poder, no será porque éste se considere subsistente, sino porque la ley así lo dispone en función de un interés digno de tutela» (pág. 128). En síntesis, el causalismo es, en nuestro Ordenamiento, terminante; cuando el tercero es protegido lo es por intervención legal ante su buena fe, no como consecuencia de una pretendida independización del poder como tal.

La 2.ª parte (II. Positivamente: funcionamiento de la representación aparente) se compone de cinco capítulos, precedidos de una corta pero expresiva introducción, en la que, recapitulando primeramente sobre lo dicho en la 1.ª parte, se distingue luego la representación aparente de la actuación del llamado *falsus procurator*, afirmándose que no todo *falsus procurator* es representante aparente: la apariencia de representación «... descansa sobre un dato objetivo o de hecho que, en la representación aparente ha de implicar de algún modo al *dominus*. Dándose este elemento objetivo y supuesta la buena fe del tercero, el Derecho operará el milagro de convertir en realidad lo que sólo es apariencia» (pág. 132); si, por el contrario, el *falsus procurator* no es representante aparente, sólo gozará el tercero de la protección que le da la responsabilidad del pseudorrepresentante culpable, no siendo afectado en absoluto el *dominus* (págs. 132-133). El capítulo 1.º, referente a las cuestiones relativas al *dominus negotii* o representado (págs. 135-219), trata de fijar el modo de intervención de la persona en cuyo nombre se contrata, en la representación aparente; como antes se sugirió, para que se dé ésta y no mera actuación de *falsus procurator*, es necesaria la *implicación* del *dominus*, implicación que no consiste en una voluntad regular y perfecta de la actuación concreta del representante, pues entonces no estaríamos ante apariencia, sino ante una representación real; ni tampoco en la voluntariedad del *dominus* en la creación de la apariencia, ni en su culpabilidad respecto del mantenimiento de ésta; la repre-

sentación aparente no supone voluntariedad del *dominus* en la creación de la apariencia, sino que su *implicación* queda suficientemente explicada por haberse producido ésta en la esfera de riesgo del *dominus* (pág. 183): «El riesgo —escribe Gordillo—, precisamente por ser un criterio objetivo de imputación, no requiere ni creación consciente de la apariencia, ni previsión de su posibilidad...», consistiendo en «... la mera *referibilidad objetiva* al *dominus* de la apariencia de representación fundada, bien en el comportamiento del mismo, bien en actuación desarrollada en su ámbito de dirección y control (familiar o profesional)» (pág. 212); invoca a favor de su tesis algunos textos de Derecho extranjero (Códigos civiles de Alemania, Italia, Portugal y Francia) y de Derecho español (arts. 1.734 y 1.738 C. c. y algunas sentencias del Tribunal Supremo) (págs. 178-183); aclara, no obstante, el autor más adelante (págs. 212 y ss.) que en los casos de representación legal —que son supuestos de «apariencia pura»— tal implicación del *dominus* —menor, incapacitado— no se requiere, fundándose entonces la buena fe del tercero en una situación objetiva —distinta de la descrita implicación— que viene dada por la publicidad legal o por alguna actuación pública u oficial (pág. 214); especialmente llamativas son las páginas que Gordillo dedica, dentro de este capítulo, a distinguir conceptualmente la representación aparente del apoderamiento tácito, llegando a afirmar que en la práctica se confunden, pues los datos reveladores de la existencia de la voluntad de apoderar suelen ser los que determinan, simultáneamente, la implicación del *dominus* en la *species facti* aparente (pág. 153); o las páginas que dedica a defender la irrelevancia de los vicios de la voluntad del *dominus* (págs. 185 y ss.). El capítulo 2.º (cuestiones relativas al representante) (págs. 221-253) muestra la función que desempeña el representante aparente; según Gordillo, en la hipótesis de apariencia de representación, el representante aparente y el *dominus* no tienen por qué actuar necesariamente de modo conjunto, contribuyendo, en un mismo plano, a la formación de la apariencia: por el contrario, *implicado* efectivamente el *dominus*, es el representante quien, presentándose como tal, crea una concreta apariencia representativa utilizando o sirviéndose de las circunstancias (pág. 223); el capítulo en cuestión, sentado esto, insiste en la diferenciación de la responsabilidad del representante según se produzca frente al *dominus* o frente al tercero: si tal representante es un mero *falsus procurator*, pero no un apoderado aparente, surge una responsabilidad ex confianza de éste frente al tercero que confió en sus declaraciones (sin perjuicio de su posible responsabilidad frente al *dominus* por eventual incumplimiento del contrato de mandato); en tal caso cabe plantear la posibilidad de que, *a modo de indemnización*, el tercero resulte protegido por el representante a través de la prestación que se habría derivado del negocio representativo válido (posibilidad contemplada en el § 179 BGB, pero no en el artículo 1.398 del *Codice*); por supuesto, si el «representante» de que hablamos es un auténtico representante aparente, será el *dominus* el acreedor de su deber de resarcimiento, pues es éste quien padece el hecho de quedar vinculado al tercero por unos efectos que no quiso o que quiso en otros términos; en uno y otro caso, la responsabilidad del pseudorrepresentante depende (claramente en los Ordenamientos francés y español, menos claramente en el alemán)

de su culpabilidad; especialmente interesante es la meditación del autor sobre el art. 1.738 de nuestro C. c., precepto que no contempla sólo situaciones de apariencia *stricto sensu*, sino también (tal vez preferentemente, diría yo) de protección de la simple confianza del representante; por supuesto, cree Gordillo que la buena fe del pseudoapoderado no se requiere para la protección de la apariencia, requiriéndose, por el contrario, para la concreta protección de la confianza en favor del representante (protección que beneficia reflejamente al tercero) que dicho texto legal impone (págs. 240, 245, 246, 250 y 251): la protección de la apariencia viene, en sede de representación, tratada, en nuestro C. c., en los arts. 1.733 y 1.734 (ampliados en su alcance por la jurisprudencia), siendo el art. 1.738 un precepto que alude *también* a otros modos de protección del tercero que no consisten en la protección de la apariencia en sentido estricto: «A través... de la protección del representante —escribe el autor, a propósito del artículo 1.738— comprobamos la existencia de un nuevo modo de protección del tercero, distinto del normal y ordinario en que consiste el expediente de la representación aparente. La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene —no como fin, sino como resultado— mediante la protección de la confianza del representante» (pág. 251). El capítulo 3.º (cuestiones relativas al tercero) (págs. 255-316) comienza con la insistente afirmación de que el expediente de la protección de la apariencia jurídica requiere un elemento objetivo (la apariencia en sí —recuérdese lo dicho precedentemente sobre la implicación del *dominus* y la actuación del representante en nombre de aquél—) y un elemento subjetivo (la buena fe del tercero); faltando uno de estos elementos no puede operar el referido expediente; penetrando en el concepto de buena fe, aclara Gordillo que la buena fe del tercero de la que hablamos es lo que habitualmente se denomina «buena fe en sentido subjetivo» (pág. 267), consistente en una «...actitud psicológica que comprende en sí, junto a un elemento negativo de ignorancia o error acerca del dato determinante de la apariencia (art. 433 del Código civil), otro positivo de creencia o confianza en la realidad de la situación que aparece (art. 1.950 C. c.)» (pág. 268); aclara el autor, en concreto, que la buena fe del tercero, protegida por el Derecho al recaer sobre una apariencia engañosa, puede describirse como «...una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (págs. 271-272), debiendo darse, en calidad de presupuestos de operatividad de dicha buena fe, una relación causal entre apariencia y buena fe y entre buena fe y conducta posterior del tercero (págs. 274 y ss.); supone la buena fe diligencia, no siendo protegido el tercero que ignora la realidad por negligencia; ello implica ordinariamente la necesidad de que el tercero, para ser protegido, exija al representante la demostración de sus poderes, siendo, sin embargo, la notoriedad eximente de dicha necesidad de comprobación del poder (págs. 276 y ss.); aclara, en concreto, Gordillo que, por otra parte, la lectura del documento en cuestión por el tercero no le preserva indefectiblemente del error (inculpable), convirtiéndose, a veces, el mismo docu-

mento en apariencia (pág. 282); la buena fe del tercero se presume (arg. análogo ex arts. 433, 434 y 464 C. c. y 34 LH), debiendo el *dominus* probar la mala fe; al tercero sólo incumbe probar la situación de apariencia, situación de la que cabe inferir precisamente su buena fe (pág. 288); puntualiza el autor, al describir la función de la buena fe, que ésta es «... el dato fundamental y radicalmente desencadenante de la medida legal de protección» (pág. 290), no siendo la producción de la apariencia de representación en el área de riesgo del *dominus* y la actuación representativa dentro de dicha apariencia, sino sólo el lado objetivo o «elemento visible» de la compleja *species facti* aparente (págs. 290-291); añade que el *actus contrarius* notificador de la limitación o extinción del poder, desvanecedor de la apariencia, ni es necesario (el tercero puede conocer la «realidad» por otro camino) ni, en caso de su ineffectividad sin culpa del tercero, suficiente, pues no se trata de sancionar al *dominus*, sino de proteger al tercero (pág. 301); finaliza el capítulo con unas referencias a la publicidad registral como modo artificial de creación de apariencia, expresándose la opinión de que la publicidad registral no excluye, en nuestro Ordenamiento, otros modos de apariencia y de que, como sucede —según antes se dijo— respecto de la documentación del poder, no puede exigirse comprobación registral a quien de buena fe se apoya en una situación notoria (pág. 316), pudiendo triunfar la apariencia «natural» o «espontánea» sobre la publicidad registral (apariciencia artificial no notoria) (pág. 316). El capítulo 4.º (Eficacia de la representación aparente: su explicación) (págs. 317-347), tras un *excursus* a través de las opiniones relativas al tipo de ineficacia que origina la representación sin poder y tras la exposición, muy razonada, de la tesis, según la cual estamos ante «una nulidad equivalente a inexistencia» (págs. 333-334) (siendo colofón de ello la función creativa que, según Gordillo, tiene la ratificación) (págs. 337-338), se destina a señalar que la interferencia de las normas protectoras de la apariencia en el negocio celebrado por representante sin poder no convalida ni sana el negocio frente al tercero: el negocio es tratado frente a éste «... como si fuera válido y eficaz, arrancando su eficacia, no del negocio en su mismo ser, sino... de la ley» (página 340); por ello califica el autor la adquisición del tercero de originaria, si bien con alguna matización importante (págs. 346-347). Por último, el capítulo 5.º (La protección del tercero de buena fe frente a otras alternativas de solución) (págs. 349-374) se dedica, en animada polémica con diversos sectores de la doctrina, a demostrar que «... la protección de la apariencia... es... una institución *a se*, que responde a un fundamento propio y específico y que se explica suficientemente por sí misma, sin necesidad de ser apuntalada desde figuras distintas» (pág. 374); critica Gordillo las posiciones de los que han pretendido explicar la protección de la apariencia acudiendo al concepto de legitimación (pág. 350-356), al de culpa del *dominus* o *factum proprium* de éste (págs. 356-359), al de simulación (págs. 359-365), al de gestión de negocios (págs. 365-369) y al de enriquecimiento sin causa (págs. 370-374); especialmente interesantes son las reflexiones sobre la llamada «legitimación extraordinaria» (que ni es verdadera legitimación ni explica la protección de la apariencia) y sobre la simulación (la simulación no explica la apariencia, sino justamente al revés: la apariencia explica

una faceta del régimen jurídico de la simulación: la protección del tercero que confía en el negocio aparente).

La 3.ª parte (III. La protección del tercero de buena fe, como principio general en nuestro Código civil) se compone sólo de dos capítulos. En ella el autor sale de la contemplación de la figura concreta de la representación aparente para afrontar directamente —como reclama el subtítulo del libro— la problemática de la protección de la apariencia jurídica en general. Hasta este momento, Gordillo extrajo, en su meditación sobre la representación aparente, pautas y datos de preceptos del Código español relativos al mandato, pero, al mismo tiempo, explicó, integró y sistematizó la figura de la representación aparente al margen del mecanismo puramente representativo y contando con un principio general de protección de la apariencia; ahora se trata de indagar si efectivamente cabe extraer dicho principio de nuestro Derecho positivo: en un texto crucial se pregunta nuestro civilista: «¿No habremos construido un castillo de naipes? ¿Tiene base legal suficiente el conjunto de nuestra elaboración? ¿Es posible inducir de las disposiciones antes citadas un principio más amplio de protección de la apariencia?» (página 378). Se halla destinado el capítulo 1.º (Comprobación de la existencia de tal principio) (págs. 377-440) a responder a esta pregunta que parece ser justamente la que, hace algunos años, se hizo el autor al emprender su trabajo; tras un breve recorrido a través de la doctrina, se examina el Derecho positivo español, escogiendo preceptos que, a primera vista, parecen establecer o implicar protección al tercero: estudia Gordillo, desde la perspectiva que le interesa, los arts. 197, 464, 645 y ss., 974 y ss., 1.124, 1.160, 1.164, 1.295-1.298, 1.473, 1.510, 1.526-1.527, 1.540, 1.693-1.695-1.698, 1.734-1.738 (remitiéndose a lo antes escrito), 1.765, 1.778 y 1.897 C. c. y el art. 275 de la Compilación de Cataluña, refiriéndose seguidamente a la protección legal del tercero operada a través del instituto de la publicidad registral, a través del instituto de la forma y a través de la notoriedad; especialmente sugestivas son las reflexiones que, en tal sentido, hace el autor sobre el matrimonio putativo y sobre la llamada «capacidad aparente»; de todos estos datos jurídico-positivos (a los que se añaden otros, pertenecientes a otros sectores del Ordenamiento —Derecho mercantil, administrativo, etcétera—) infiere el autor que nos hallamos ante algo más que un mero principio lógico informador de hipótesis singulares, debiendo afirmarse, por el contrario, que la protección de la apariencia es «un auténtico principio de aplicación general en nuestro ordenamiento civil» (pág. 430), tesis que refuerza Gordillo invocando seguidamente algunas sentencias del T. S. (págs. 431 y ss.) que, según él, conducen a la misma conclusión: «... la protección de la apariencia es algo más que una medida excepcional de exclusiva y restrictiva aplicación en los casos en que la ley expresamente lo permite. Se trata de un auténtico principio general rigurosamente inducido del ordenamiento: informador, por ello, del mismo y... criterio de interpretación y de integración del mismo» (pág. 435); siendo esto así, ¿qué alcance tiene entonces el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*? ¿No es contradictorio con el de protección de la apariencia? Para Gordillo, el principio «*nemo plus iuris...*» es solamente una regla lógica (pág. 437), «... constituye o expresa la norma lógica, indicadora

del valor *a se* de la actuación jurídica y aplicable a las relaciones *inter partes*» (pág. 439); llega hasta donde se encuentra con el correctivo de equidad que entra en acción al aparecer en escena el tercero de buena fe (página 439). El capítulo 2.º (Condiciones de aplicación y fundamentación del principio de protección de la apariencia) (págs. 441-475) se dedica a describir los límites y las condiciones de aplicación de dicho principio, cuyo significado es «*la equiparación instantánea y definitiva entre apariencia y realidad en relación con el tercero de buena fe*» (pág. 442); para que se produzca esta equiparación se requiere buena fe en el tercero, objetividad de la situación aparente y onerosidad de la adquisición, no siendo, por el contrario, necesaria la imputabilidad de la apariencia creada a la persona a cuyo cargo se protege al tercero; examina Gordillo algunos supuestos especiales en los que la apariencia protege no al tercero, sino a la parte (capacidad aparente y matrimonio putativo), así como la cuestión relativa a la operatividad del principio fuera del ámbito del Derecho patrimonial, exigiéndose, también entonces, que se trate de tercero y que éste actúe de buena fe; particularmente interesante es la distinción entre protección de la apariencia *stricto sensu* (objeto de este estudio) y protección de apariencia en sentido amplio (casos, p. e., de prescripción adquisitiva o de protección interdictal) en la que la equiparación o es provisional o no es instantánea: la usucapión, p. e., es un modo de protección de la apariencia (en sentido amplio) *inter partes*; «... respecto a terceros actúa la adquisición instantánea como consecuencia de la superposición de la apariencia sobre la realidad en homenaje a la buena fe de aquéllos (pág. 446); por último, el autor fundamenta el principio de protección de la apariencia en la buena fe, derivando de ello el destacado componente ético de la teoría de la apariencia; no se funda la citada protección directamente en la necesidad de agilización y seguridad del tráfico, lo que llevaría a la conclusión de que el principio en cuestión encuentra aplicación específica y preferente en aquel sector del Ordenamiento en el que la protección del tráfico es más perentoria, el Derecho mercantil; por el contrario, fundándose en la buena fe, el principio de protección de la apariencia halla aplicación también en el Derecho civil, en el que no actúa como expediente excepcional, sino como criterio informador de valor general.

El estudio de Gordillo finaliza con unas «Conclusiones», esquemáticamente formuladas (págs. 477-479), en las que resume lo dicho en su obra. Las conclusiones son nueve; las siete primeras se refieren a la representación aparente, y las dos últimas, al principio general de protección de la apariencia jurídica.

* * *

Lo primero que, a mi juicio, debe plantearse a la hora de enjuiciar esta singular obra es la cuestión de su concreta finalidad: ¿Ha pretendido el autor indagar una supuesta vigencia del principio general de protección de la apariencia utilizando el régimen de la representación como medio preferente de llegar hasta él? ¿Ha querido, por el contrario, investigar sobre la representación aparente apoyándose en un pretendido principio general

que infiere de todo el Ordenamiento? Parece que la verdad se acerca más a esta última alternativa, siendo factor indicativo de ello, entre otros, el título del libro; no obstante, una observación atenta nos revela que, en la intención del autor y en el desarrollo de su pensamiento, la demostración de la vigencia, en Derecho español, del principio de protección de la apariencia jurídica es algo más que un medio para investigar la regulación de la representación aparente: como muy bien dice el prólogo, Gordillo (...ha centrado su atención en el punto en que confluyen representación y apariencia» (pág. 7); lo que tal vez sucede es que el autor pretende fundamentalmente detectar el citado principio preferentemente a propósito de la problemática de la representación: tesis, pues, realmente bifronte, lo que plantea cierta complejidad metodológica que paso a describir.

Conviene indicar previamente que por «principio general» no parece entender Gordillo lo que entiende, por ejemplo, De Castro; se refiere probablemente el autor —aunque nunca lo diga expresamente— a un principio positivo al estilo de Esser, principio susceptible de ser inducido de los preceptos concretos de la ley.

La representación aparente, como muy expresivamente afirma Gordillo, nada tiene de representación y todo de apariencia; en sede de representación y de mandato escasas pautas hallamos en el C. c. español para estudiar su régimen jurídico: éste cobra vida y adquiere sentido, sistema y cohesión lógica —y Gordillo lo demuestra de manera magistral— precisamente a la luz del principio de protección de la apariencia jurídica; por ello me extraña el orden de colocación de las materias en el libro: partiendo —lo que no siempre es indiscutible— de que el orden de exposición debe corresponderse con el orden de investigación, considero que habría tenido quizá más sentido comenzar indagando la vigencia del mencionado principio a través de un detenido *excursus* por todo el Derecho español; averiguada la vigencia del principio aludido y hecha su formulación pormenorizada y matizada, podría haberse acometido el estudio de la problemática de la representación aparente (*rectius*, de la apariencia de representación): no es posible caminar desde las escasas y parciales normas del C. c. español sobre el mandato y la representación hasta el principio general, sino desde éste (una vez recorrido *todo el C. c.*) a las normas del mandato y de la representación: tal vez la 3.ª parte del libro podría haber sido la 1.ª. Creo, no obstante, que Gordillo *ha hecho* esto, pero es evidente que ha dispuesto la obra de modo inverso al presentarla al lector: sorprende cómo el autor construye un *corpus* compacto y de coherencia extraordinaria hasta la pág. 374, preguntándose en la 378 si no habrá edificado un castillo de naipes; hasta entonces el lector va recorriendo páginas a veces magníficas, pero que no tienen otro asiento que su cohesión lógica y débiles apoyos legales y jurisprudenciales; es cierto que se invocan abundantemente preceptos de Derecho extranjero (francés, alemán, italiano o portugués), pero escasa utilidad pueden prestarnos dichos preceptos si nuestro Ordenamiento (que es el objeto de estudio) es tan insuficiente; hasta la pág. 374 encontramos un bello edificio sin cimientos. Ello es científicamente admisible si se trata sólo de una *técnica expositiva*: todo depende de lo que se haga seguidamente. y en este punto reside el nudo de la cuestión: ¿Consigue demostrar Gor-

dillo, en la última parte de su obra, la vigencia en nuestro Ordenamiento jurídico (y, en concreto, en nuestro Derecho civil) del tantas veces mencionado principio general de protección de la apariencia? Recordemos cuál es su significado según el mismo autor: la equiparación instantánea y definitiva entre apariencia y realidad en relación con el tercero de buena fe; me pregunto si cabe extraer este principio de nuestro Derecho civil.

Me parece claro, tras la lectura de la obra de Gordillo, que no es posible afirmar que la protección de la apariencia es un expediente excepcional, siendo necesaria la interpretación restrictiva de las normas que expresamente lo empleen; pero, a mi juicio, no me parece *aún* aceptable la tesis de que nos hallamos ante un verdadero principio general (positivo); al menos, no estoy tan seguro de ello como lo está el autor del estudio que comento; mis reservas a la admisión de la tesis de Gordillo obedecen fundamentalmente a dos motivos:

1.º Si bien la mayor parte de los textos legales que el autor invoca a favor de su opinión favorecen la defendibilidad de ésta (sobre todo en la LH y en el C. de c., sin olvidar el art. 275 de la Compilación catalana), no todos son tan claros en tal sentido como Gordillo pretende: sí lo son los arts. 464, 1.124, 1.164, 1.295, 1.298, 1.473, 1.526, 1.527 y 1.540 C. c.; pero no lo son tanto los arts. 197, 1.160 (el autor lo reconoce en este supuesto), 1.693, 1.695, 1.698, 1.765, 1.778 y 1.897 C. c.; y hay algunos textos jurídico-positivos nítidamente adversos: los de los arts. 644 v ss. (en sede de revocación de donaciones), los de los arts. 968 y ss. (en sede de reserva ordinaria), y el del art. 1.510 C. c. (en sede de retracto convencional). En algunos casos observo una cierta inversión metodológica: el autor explica o integra algunos de los preceptos referidos (que, en sí, son de interpretación difícil y dudosa) amparándose en el principio de protección de la apariencia, en lugar de tener presente que es precisamente la vigencia de este principio lo que se pretende investigar basándose en tales textos; ejemplos de ello pueden ser el texto del autor sobre el art. 197 C. c. (el C. c. no habla de buena fe, pero Gordillo la supone), los arts. 644 y ss. (tal vez el legislador sólo quiso una ineficacia de alcance reducido, no teniendo que ser afectado el adquirente del donatario que conocía la supervivencia o superveniencia de hijos o la ingratitud) o el art. 1.510 (el C. c. no protege al tercero de buena fe, salvo en el caso de que sea protegido por la LH).

2.º No creo, por otra parte, que el principio «*nemo plus iuris...*» sea sólo una regla lógica; yo diría que es también un principio jurídico con peso propio y que responde a necesidades sociales objetivas, de las que el mismo Gordillo, aludiendo frecuentemente a García-Goyena, se hace eco.

De todo lo dicho cabe inferir mi posición de duda al respecto; a diferencia de Gordillo, yo pienso que el C. c. español no contiene una doctrina clara sobre la cuestión; a veces el tercero *resulta* protegido no por la aplicación del principio de protección de la apariencia, sino por el alcance restringido de la ineficacia negocial o paranegocial, siendo entonces indiferente el hecho de la buena o mala fe; otras veces ni siquiera resulta protegido... Desde luego, reconozco que se detecta en el mismo C. c. y, sobre todo, en el T. S. (más intensamente aún en la legislación especial, auténtica avanzadilla en tal sentido) una tendencia hacia lo que Gordillo reputa

ya con vigencia total, pero opino que *aún* no cabe afirmar que estemos, en Derecho civil, ante un verdadero principio general. La protección de la apariencia no es, sin duda, una medida excepcional ni tampoco «mero principio lógico informador de hipótesis singulares»; yo la consideraría, *hic et nunc*, como un *topos* (en el sentido en el que emplean esta expresión Esser o Viehweg) que puede restringir, cada vez más, en los supuestos similares a los previstos expresamente en la ley, la mecánica aplicación de la regla «*nemo plus iuris...*». No obstante, el modo especialísimo de gestarse y desarrollarse el Derecho puede provocar que, a partir de ahora, lo que, como dictamen sobre la realidad me parece no totalmente exacto, llegue a convertirse en realidad: nadie ignora que *funcionalmente* jurisprudencia y doctrina son fuentes del Derecho y que sin la *iuris prudentia* (en el sentido romano de la expresión) el Derecho no evolucionaría: la obra que nos ocupa puede —y merece— hacer verdadero lo que *ahora* aún no lo es totalmente; Gordillo practica una *iuris prudentia* realista, operativa y de profunda inspiración ética: como todo innovador, utiliza el Derecho positivo de un modo muy instrumental y relativista, pretendiendo transformarlo desde dentro de su seno.

Al margen de estas observaciones estructurales y de fondo cabe hacer otras de carácter más accesorio: p. e., si bien comparto la tesis de que el negocio representativo celebrado por falso representante es nulo, no creo que dicha nulidad sea exactamente equiparable a la «inexistencia», en el sentido en que propone Gordillo, desempeñando entonces la ratificación un cometido creador; a mi juicio, el *quid facti* en que consiste el negocio celebrado por falso representante es un negocio nulo (ya existente) que puede ser *convalidado* por la ratificación, que no crea el negocio. Por otra parte, me manifiesto en desacuerdo con el texto de la pág. 322 (en nota), según el cual el negocio no es calificable por su ratificabilidad, siendo la ratificación la que debe configurarse desde la condición de la *species facti* en que opera (idea que se repite, también en nota, en pág. 335), pues la ratificabilidad es un dato legal que, si bien debe calificarse en relación a toda la problemática del supuesto, sirve también, en sí, para explicar éste, del mismo modo que no sólo la anulabilidad explica a la confirmación, sino también ésta a aquélla.

En desacuerdo estoy también con el tratamiento —brillante, por otra parte— que da el autor al tema de la apariencia de capacidad de obrar (págs. 427-430): no creo que el art. 226 C. c. aluda a ello: los actos anteriores a la «demanda de interdicción» no son actos de un aparentemente capaz, sino de una persona capaz realmente; los actos del enfermo mental no incapacitado pueden ser anulados; los del «pródigo potencial», no, aunque el tercero tenga noticias de su desorden económico y moral. Lo cual no quiere decir —en esto sí estoy conforme— que no quepa hablar de capacidad aparente en nuestro Derecho: sí cabe, pero el art. 226 no guarda relación alguna con ella.

Tras estas observaciones, que demuestran más que cuestionan la importancia de la monografía, no me resisto a reflejar en las presentes líneas mi admiración ante textos como el de la pág. 118 (crítica a una tesis de Hupka), como el de la pág. 153 (sobre la relación entre poder tácito y poder

aparente), como el de las págs. 176-177, en nota (sobre la imputabilidad al *dominus* de la apariencia), como los de las págs. 181-183 y 240 y ss. (donde se interpretan de modo habilísimo los arts. 1.734 y 1.738 C. c., sirviéndose del auxilio del T. S., sin el cual los arts. citados no serían tan convincentes), etcétera. Es digna de mención la lucidez del autor cuando, en pág. 266, escribe sobre la buena fe; o cuando, en pág. 297, se refiere a la eticidad del Derecho; o cuando, en págs. 350 y ss., trata el tema de la relación entre poder del representante aparente y legitimación; o cuando, en págs. 359 y siguientes, alude a la simulación como hipótesis de protección de apariencia (en esta sede Gordillo, tan buen conocedor del Derecho extranjero, debió citar los arts. 1.415 del C. c. italiano y 243 del portugués, que tan sólidamente refuerzan su opinión al respecto). Verdaderamente excelentes (aunque discutibles) las referencias a la usucapión (págs. 446 y 452), las polémicas con López y López, Peré Raluy y Fuenmayor (págs. 447 y ss.) sobre la aplicabilidad del principio en cuestión fuera del campo jurídico-patrimonial y sobre la posición del tercero en el Registro civil, o, sobre todo, las reflexiones finales (págs. 465 y ss.) sobre la fundamentación del principio mencionado en la buena fe del tercero.

Todo lo dicho puede ser indicativo de la importancia de la obra, excepcional por varios motivos: por la valentía de sus tesis, por la precisión de su lenguaje y por el formidable rigor lógico que se palpa en ella: el autor controla con sorprendente facilidad un manejo complejísimo de elementos a los que somete a férrea disciplina, haciéndolos caminar por una senda definida. Su capacidad para detectar errores (y, sobre todo, incoherencias) de los autores es inusitada: juristas como Canarias, Hupka, Sotgia, Falzea, etcétera, son escrupulosamente estudiados y, a veces, apisonados por la inapelable máquina en que la obra consiste: y es que ésta puede ser criticada —como sucede en las aportaciones cruciales— en sus cimientos, pero casi nunca es rebatible en su desarrollo.

No nos hallamos, desde luego, ante una buena monografía más, sino ante un verdadero replanteamiento de una de las más importantes problemáticas de nuestro Derecho privado. Podrá estarse o no de acuerdo con la tesis de Gordillo; pero pocos sectores del Ordenamiento civil pueden ser, desde ahora, investigados sin tenerla presente.

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

