

FORT NINAMANCCO CÓRDOVA

Poderes de representacion

**ASPECTOS DOCTRINARIOS Y
CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL**



DIÁLOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA

FORT NINAMANCCO CÓRDOVA

Poderes de representación

**ASPECTOS DOCTRINARIOS Y
CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL**

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

*A mis padres,
Susana y Fortunato,
quienes después del Creador
son los grandes acreedores de mi vida*

PRESENTACIÓN

Entre los autores jóvenes y talentosos, pertenecientes a la nueva generación, destaca sin duda el Dr. Fort Ninamancco Córdova, quien nos ha sorprendido gratamente con sus diversos planteamientos y análisis serios, y debidamente documentados, sobre problemas específicos relacionados con el negocio jurídico, la propiedad, la contratación y otros temas que se enmarcan en la especialidad de Derecho Civil, así como otros vinculados al Derecho Mercantil, publicados varios de ellos en las revistas de nuestro sello editorial.

Particularmente, en materia de negocio jurídico, además de su sesudo artículo sobre el poder de representación, publicado en febrero de 2010, en el cual efectúa un concienzudo estudio sobre la naturaleza del poder, distinguiéndolo del derecho subjetivo y de la transmisión de la capacidad de goce o de ejercicio, destacan también sus comentarios sobre el poder irrevocable, la nulidad de los actos del gerente sin poder y la representación orgánica, así como la ineficacia de los actos del representante sin poder, en los que plantea interesantes y modernos enfoques que permiten comprender meridianamente la problemática que surge en torno a esos temas.

Sobre la base de estos desarrollos de Fort Ninamancco y habiendo advertido de la lectura de los mismos una singular riqueza de orden conceptual y práctico en los temas tratados, es que nació la propuesta de motivarlo, pese a su inicial y comprensible resistencia, a publicar su investigación sobre la representación en los negocios jurídicos, contenida en su tesis para optar por el título de abogado. Su prematura reserva para realizar esta publicación, según entendimos, se debía a que él, siempre acostumbrado a poner la mayor seriedad en los estudios que aborda, seguramente asumía que su trabajo sobre la representación aún no estaba en condiciones de difundirse en forma de libro; tal vez aún crea que es así, empero lo hemos alentado convencidos de que se trata de una investigación bastante bien lograda, que en su estado actual contribuye con el esclarecimiento de diversas cuestiones de orden conceptual en materia de representación y fomenta el repensamiento de los algunos problemas

puntuales, en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas que los regulan.

Si bien en la doctrina nacional existen obras clásicas sobre el negocio jurídico que comprenden el estudio sistemático de la representación según la normativa del Código Civil vigente –incluso la obra del maestro José León Barandiarán que la trató como un tema complementario ya que no fue regulada en el Código Civil de 1936 que él comentó rigurosamente–, también existen numerosos estudios particulares en los que se han abordado cuestiones específicas sobre la referida institución, lo que constituye una señal de que hay muchos temas que generan una problemática de orden práctico que es necesario desarrollar, y en ello ha contribuido nuestro autor.

Y es que, como no puede ser de otro modo, tratándose la representación de una forma de actuación jurídica a través de otros, de plano genera una serie de interrogantes. Sabemos que principalmente por razones económico-prácticas, los sistemas jurídicos regulan diversas figuras legales que han sido formuladas y reformuladas a través del tiempo para permitir que las personas puedan actuar jurídicamente por medio de otras, sea por incapacidad temporal o permanente, por ausencia o alejamiento físico, por falta de tiempo, por enfermedad, por seguridad, por necesidad o incluso por mero capricho, o en razón de cualquier otra circunstancia que suponga impedimento o abstención de actuar directamente; y es entonces inherente a tales mecanismos legales de interposición de personas, la necesidad de regular debidamente los efectos que dicha actuación acarrea para el representado y para el propio representante, considerando que al final de cuentas lo que se busca con esa forma de actuación es que en las personas incursas en tales supuestos recaigan –directa o ulteriormente– los efectos jurídicos de los negocios celebrados por otros.

Por ello nos complace presentar esta obra, que podemos incluso considerar un adelanto de un estudio integral sobre la representación en los negocios jurídicos, que el Dr. Fort Ninamancco Córdoba seguramente se animará a realizar en el futuro sobre la base de los temas tratados ahora. Agradecemos al autor el habernos permitido difundir sus planteamientos en este libro y estamos seguros de que el lector opinará de la misma manera.

Manuel MURO ROJO

PALABRAS PRELIMINARES

En el presente trabajo se desarrollan algunos aspectos generales y problemáticos de la representación en el negocio jurídico, sobre la base de dos capítulos de la tesis que sustenté para optar el título de abogado y dos escritos que publicara hace un tiempo, precisamente en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Agradezco sentidamente las amables palabras de presentación del Dr. Manuel Muro Rojo, director legal de *Diálogo con la Jurisprudencia*, quien con mucho entusiasmo me animó para compartir ahora con usted, amable lector o lectora, los análisis críticos contenidos en este trabajo.

Salvo algunos cambios realizados para hacer una adaptación para esta publicación, los capítulos dos y tres de dicha tesis se reproducen en su integridad. De esta manera, se aborda el conocido problema relativo a la relación que existe entre la voluntad del representado y la del representante de cara al negocio representativo. Como se sabe, el problema se traduce en las siguientes cuestiones: ¿Cuándo se celebra un negocio representativo, quién emite la declaración de voluntad que integra tal negocio? ¿El representado, el representante o ambos? ¿Un vicio de voluntad que afecte al representado, afecta al negocio representativo? ¿Realmente la diferencia entre representante y nuncio depende del margen de decisión que tiene cada uno, como ampliamente se sostiene en nuestra doctrina?

De igual forma, se analizan tres conceptos claves para el recto entendimiento de variados problemas que engloba el instituto de la representación: el negocio jurídico de apoderamiento, el poder de representación y la relación jurídica subyacente. Aquí las cuestiones involucradas son: ¿Qué tipo de negocio es el apoderamiento? ¿Por qué la doctrina abandonó la idea de entender al apoderamiento como contrato y hoy lo entiende como un negocio unilateral? ¿Es exacto sostener que el negocio de apoderamiento contiene una declaración recepticia, destinada al representante, como a menudo se afirma en nuestro medio? ¿Qué relación existe entre el apoderamiento y el negocio representativo? ¿Hay una relación de dependencia o son ambos elementos de un negocio jurídico complejo? En este punto me permito destacar que, por

vez primera en sede nacional, se da cuenta de los planteamientos de Wolfram Müller-Freienfels, que es el más autorizado de los autores europeos que ha defendido esta última idea.

Con respecto a la naturaleza del poder de representación, se trata de dar respuesta a estas interrogantes: ¿El representante, como tal, titular de qué cosa es? ¿En virtud del apoderamiento, el representante adquiere un derecho subjetivo? ¿O será más bien, como han sugerido otros, que por medio del apoderamiento el representante adquiere nada menos que parte de la capacidad de obrar del representado? Si esto es así, ¿un incapaz puede ser titular de un poder de representación? ¿O será que, al final del día, el poder de representación es un concepto absolutamente inútil, como sugirió Siegmund Schlossmann, un famoso profesor de la Universidad de Kiel? ¿Existe alguna diferencia esencial entre el poder de representación voluntaria con el poder de representación legal?

La relación jurídica subyacente, por su parte, es analizada a la luz de las diferencias existentes entre mandato y representación, las cuales muchas veces no son captadas de forma debida por nuestros operadores jurídicos.

De otro lado, ya fuera de lo concerniente a las partes de mi tesis que aquí se publican, se abordan dos asuntos de un orden menos general que los anteriores, relativos a los casos de ineficacia de los negocios efectuados por los llamados órganos de las personas jurídicas, en especial los gerentes de sociedades anónimas, que están implicados en la gran mayoría de estos casos:

- i) Existe una serie de consideraciones que no han sido sopesadas en nuestra doctrina y que permiten sustentar no la ineficacia, sino la nulidad de tales negocios. De este modo, contra lo que señala la doctrina dominante a nivel local, hay argumentos de peso para afirmar que los negocios en cuestión son derechamente nulos, y no solo ineficaces; y,
- ii) hace poco, en la Cas. N° 115-2010-Lambayeque, nuestra Corte Suprema ha analizado la llamada representación orgánica en base a nada menos que una teoría del famosísimo Friedrich Karl von Savigny. Dos preguntas surgen inevitablemente: ¿Qué implicancias tiene un análisis de esta clase? ¿Puede este considerarse apropiado actualmente? De igual manera, nos invita a pensar qué ocurre con el negocio representativo si el apoderamiento es nulo, anulable o ineficaz.

Para concluir, debo indicar que razones de tiempo me han impedido hacer las modificaciones de envergadura que hubiera deseado, tanto a la sección de la tesis como a los escritos, ya que algunas de mis ideas han cambiado en virtud de mis nuevas lecturas y reflexiones. No obstante, tengo la convicción de que el presente trabajo es capaz de permitir a sus amables lectores tener un mejor panorama de los asuntos que se discuten, máxime si se somete a cuestionamiento constantemente –con base en acreditada doctrina– varias ideas que nuestra doctrina y jurisprudencia, sin más, suelen dar por sentadas.

Dios mediante, confío en poder compartir con los lectores un trabajo sobre estos mismos temas y con objetivos más pretensiosos en un futuro no muy lejano. Para este fin no dudo de la importancia que tiene vuestra opinión, por ello quedará muy agradecido con quienes se tomen la molestia de hacerme llegar sus críticas y/o sugerencias^(*).

Lima, junio de 2013

Fort NINAMANCCO CÓRDOVA

(*) El amable lector o lectora puede contactarme mediante la siguiente dirección de correo electrónico: <fort.ninamancco@gmail.com>.

CAPÍTULO I

**La relación entre la voluntad
del representado y del
representante en la celebración
del negocio representativo**

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN ENTRE LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO Y DEL REPRESENTANTE EN LA CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO REPRESENTATIVO

I. LAS TEORÍAS ESBOZADAS POR LA DOCTRINA

Uno de los asuntos que más ha concitado la atención de la doctrina que se ha ocupado de la representación negocial es el referido a las relación que existe entre la voluntad del representado y la del representante, en el momento en que este celebra el negocio representativo con un tercero. Para ser más exacto, el problema estriba en determinar qué relación existe entre la declaración de voluntad del representado y la declaración de voluntad del representante, cuando este celebra el negocio para el cual se le confirió el poder de representación, esto es el negocio representativo. En seguida pasaré revista a las principales teorías que se han planteado para solucionar el problema.

1. La teoría del órgano

La teoría que podemos llamar “del órgano” fue postulada por Friedrich Karl von Savigny en el segundo volumen de su libro de obligaciones intitulado *Obligationenrecht*, publicado en 1853⁽¹⁾. Es verdad que ya existía un planteamiento previo de esta teoría en el tomo tercero de su obra *System des*

(1) SAVIGNY, Friedrich Karl. *Le obbligazioni*. V. 2. Traducción italiana de Giovanni Pachionni. Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1915, p. 52 y ss.

heutigen römischen Recht⁽²⁾ –publicada algunos años antes–. Pero no hay duda de que es en el primer texto donde tal teoría aparece en su expresión más acabada.

El legendario profesor de Marburg inicia planteando tres ejemplos:

- i) un intermediario es encargado para la aceptación de una propuesta contractual clara y completamente determinada, con el objeto de comprar un caballo.
- ii) un intermediario con el mismo encargo, pero en esta ocasión este tiene la facultad de concluir la adquisición dentro de un límite máximo para el precio.
- iii) el mismo intermediario posee una esfera aún mayor de discrecionalidad: no solamente puede determinar el precio dentro de cierto límite, sino que puede escoger el caballo más conveniente.

Ahora bien, Savigny sostiene que al pasar de casos sencillos de intermediación en los que falta por completo la libertad de decisión del auxiliar, a casos cada vez más complejos en los que la libertad y la discrecionalidad son cada vez mayores, no es posible advertir una clara distinción entre un caso y el caso inmediato siguiente, en consecuencia no existe razón para conferir relevancia jurídica a tal distinción. Entonces, ante tal irrelevancia, el primer caso, asociado necesariamente a la idea de mero nuncio, resulta ser jurídicamente igual al tercero, vinculado a la idea de representación. Conclusión: el representante, en todos los casos, no es más que un mero nuncio⁽³⁾.

Vemos, pues, que para Savigny el representado es el verdadero sujeto del negocio jurídico que se efectúa mediante representación, mientras que al representante lo concibe como un simple mensajero. Así, cuando un sujeto se vale de la representación para realizar un determinado acto, es el mismo sujeto el que actúa, pero de una “forma especial”. Dicho carácter especial radica en que Ticio, que podría efectuar su declaración de voluntad verbal y personalmente o por medio de una carta, se sirve para este fin de un tercero como intermediario, de modo que este último debe ser considerado como órgano del verdadero contratante, o sea Ticio.

(2) SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema del Derecho Romano actual*. Traducción española de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 390-392.

(3) SAVIGNY, Friedrich Karl. *Le obbligazioni*. Ob. cit., p. 54.

En los supuestos mencionados, según Savigny, la voluntad del representado, aunque dirigida a contratos iguales cuya elección se deja al intermediario, no deja nunca de ser tal voluntad. En todos los casos, el representante no es más que un simple portador de la voluntad de su representado⁽⁴⁾.

En 1800, Savigny publicó su conocidísimo texto sobre la posesión, *Das Recht des Besitzes*, y en 1814 su inmortal *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, donde refutaba la ideas codificadoras de Anton Thibaut. En 1840 se publicó el primer tomo de su *System*. Por tanto, cuando Savigny expuso su teoría de la representación, era, con mucho, el jurista germano –paradójicamente descendiente de franceses– más autorizado a nivel internacional. Esto explica el tremendo éxito inicial de su teoría.

En efecto, autores como Heinrich Dernburg, Adolf Scheurl, Ernst Ruhs-trat, Raban Canstein y Friedrich Hellmann aceptaron la **teoría del órgano** sin “pero” alguno. Así, estos autores entendían que el tercero que contrata con el representante en calidad de tal y acepta sus proposiciones, acepta con ello, en realidad, la declaración de voluntad que el representado había hecho de antemano⁽⁵⁾.

2. La teoría del doble negocio

Un respetado mercantilista de la Universidad de Leipzig, llamado Heinrich Thöl, era también uno de los tantos seguidores de Savigny, así lo venía demostrando en las primeras ediciones del primer tomo de su obra *Das Handelsrecht*. Sin embargo, en el año 1879 decidió refutar las ideas imperantes y planteó una nueva teoría sobre la representación: la **teoría del doble negocio** o también conocida como **teoría del doble contrato**.

De acuerdo con Thöl, Savigny incurrió en un grave error al afirmar que el representante, en todos los casos, era un simple portador de la declaración del representado o principal.

Efectivamente, Thöl sostiene que Savigny no supo notar que el representante no comunica simplemente la voluntad del representado, sino que, por medio de su voluntad, individualiza la voluntad general de este en una “voluntad contractual precisa”. De este modo, la voluntad del representante hace

(4) *Ibíd.*, p. 55.

(5) Sobre esto último ver: HUPKA, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Traducción de Luis Sancho Seral. Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 37.

concreta o específica la voluntad del representado. El representante realiza, crea la voluntad concreta del representado al momento de celebrar el negocio jurídico o contrato con el tercero. Por tanto, esta última voluntad no existe al momento del otorgamiento del poder. Como corolario de esto, Thöl afirma que en tal momento el representante no deviene en portador de ninguna voluntad que vaya ser parte del contrato con el tercero que producirá los derechos y obligaciones a cargo del representado⁽⁶⁾.

Thöl postula firmemente que la voluntad contractual precisa, únicamente por medio de la cual puede surgir y surge el contrato con el tercero, nace originariamente en el representado. Esta última voluntad a su vez genera la voluntad precisa propia del representante⁽⁷⁾.

En consecuencia, Thöl asevera que cuando se celebra un contrato a través de la representación, en realidad existen dos contratos: i) el contrato base y ii) el contrato principal. El mecanismo de funcionamiento es el siguiente: al otorgar poder, el representante solo recibe la voluntad general del representado, y con esta celebra con el tercero un contrato referente a esta misma voluntad, es decir, al poder. Sobre esta base, el representante crea la **voluntad concreta** antes aludida para celebrar el segundo contrato con el tercero, esto es el contrato principal o negocio representativo⁽⁸⁾.

3. La teoría de la división

Ludwig Mitteis –reputado romanista de la Universidad de Viena– postula su teoría en un tratado publicado en el año 1885. Partiendo de la consideración de que aquellas teorías, que consideran que solo el representado o solo el representante es parte efectiva en el contrato o negocio representativo celebrado con el tercero, llegan a resultados poco satisfactorios, Mitteis piensa que existe una necesidad ineludible de dividir el negocio de que se trate entre el representante y el representado, de tal manera que se haga nacer el negocio de la cooperación de ambos⁽⁹⁾. En otras palabras, este autor supone que no es el representante solo, ni el representado solo quien actúa jurídicamente, sino que en todo caso son en realidad ambos los que obran y ambos son autores del negocio jurídico representativo.

(6) Ibídem, p. 40.

(7) MOSCO, Luigi. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Traducción española de F. Cerrillo Quilez. Colección Nereo. Barcelona, 1964. p. 126.

(8) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 41 y MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 127.

(9) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 42.

Sentencia Mitteis: “Ni el principal ni el representante ha de ser mirado *eo ipso* como el único autor, sino que cada uno actúa en la medida en que su voluntad concreta es la que da lugar a la declaración, así como a la causa jurídica que determina a esta y en la misma alcanza su expresión”⁽¹⁰⁾.

El punto de arranque de Mitteis es muy similar al de Savigny, toda vez que inicia agrupando todas las hipótesis de poder en tres distintos grupos: en el primero de ellos sitúa los poderes especialísimos en los cuales no se deja margen alguno de decisión sobre el contenido negocial al representante. Para esta clase de poderes, Mitteis asevera que la declaración negocial que habrá de emitir el representante, deberá valorarse esencialmente según la voluntad del representado. La voluntad del representante, por consiguiente, resulta del todo inoperante o, a lo más, accesoria⁽¹¹⁾.

El segundo grupo está formado por los poderes generalísimos, en el que ningún elemento del futuro contrato está completamente determinado por el representado o *dominus*. Aquí se produciría una situación completamente contraria a la anterior: la voluntad con pleno valor sería exclusivamente la del representante⁽¹²⁾.

Viene, finalmente, el tercer grupo, que comprende todas aquellas hipótesis en que el representante y el *dominus* tienen ambos en conjunto un concreto querer negocial, pero, cada uno, solo parcial. Este grupo, es subdividido por Mitteis, a su vez, en dos subgrupos: i) el de la división extensiva y ii) el de la división intensiva. Se produce el primer caso cuando cada uno ha decidido, incondicionalmente, cierta parte de la voluntad negocial. Se verifica el segundo caso cuando el *dominus* confía al representante un querer completamente determinado, pero no incondicionado, que este solamente –según las circunstancias– puede elevar a incondicional. Ejemplos de esta índole se producen en el caso en que el *dominus* indica al representante el objeto y el precio, pero dejando a su arbitrio si quiere realmente declarar este querer, o en el caso en que se deja al representante la elección entre más objetos que comprar indicados por el *dominus*⁽¹³⁾.

(10) Ídem.

(11) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 130.

(12) Ídem.

(13) Ídem.

El tratamiento que hay que dar a cada subgrupo es diferente. En efecto, para el primero, si el *dominus* indica con precisión el objeto, por ejemplo, un caballo, con respecto al caballo el representante no posee voluntad contractual sino que quiere solamente declarar la voluntad del *dominus*, y entonces tiene valor con respecto a esta parte del contenido solamente la voluntad de este, mientras que para lo demás lo tendrá la voluntad del representante⁽¹⁴⁾.

Para Mitteis no existe más que un único negocio que el principal y el representante concluyen juntamente. La voluntad contractual declarada en el acto que se efectúa por medio de representación, está repartida entre el representante y el representado, y la proporción de este reparto determina el influjo del uno y del otro sobre los efectos concretos del negocio jurídico representativo⁽¹⁵⁾.

Con arreglo a lo sostenido por el romanista de Viena, por consiguiente, la voluntad declarada en el otorgamiento del poder no es otra cosa que una parte determinante del negocio jurídico representativo, así que la declaración en la que se otorga poder no es un negocio jurídico independiente al negocio representativo, sino una parte integrante de este negocio⁽¹⁶⁾.

La teoría de Mitteis tuvo un éxito importante. En 1896, Otto Lenel, la cabeza de los civilistas de la Universidad de Friburgo, publicó un trabajo donde hacía suya la tesis de Mitteis, cuando indicaba que “el poder para una oferta, para una aceptación, para una denuncia de contrato, etc., forma parte integrante de la declaración contractual de que en cada caso se trate, participando, por tanto, de su naturaleza jurídica, y también el poder de contenido general adopta en su concreta aplicación el carácter de aquella declaración de voluntad a la cual acompaña”. En 1900, Carl Crome consideró a la teoría de Mitteis como “la teoría del porvenir en la doctrina alemana” en materia de representación⁽¹⁷⁾.

4. La teoría de la representación

En el año 1852, un historiador del Derecho de la Universidad de Rostock, llamado Hermann Buchka, publicó un libro donde se expuso por vez primera la denominada **teoría de la representación**. Como es fácil imaginar, la teoría de Buchka fue lanzada a la penumbra rápidamente ya que, como sabemos, al

(14) *Ibidem*, p. 131.

(15) HUPKA, Josef. *Ob. cit.*, p. 43.

(16) *Ídem*.

(17) MOSCO, Luigi. *ult. cit.*; HUPKA, Josef. *ult. cit.*

año siguiente Savigny postularía su **teoría del órgano** con un éxito “arrollador”. Sin embargo, la teoría de la representación posee distintas formulaciones, desde el primigenio planteamiento de Buchka, hasta los postulados del célebre profesor de la Universidad de Heidelberg, Andreas Von Tuhr. A partir de allí, autores más recientes han seguido sus planteamientos.

La idea que subyace a las distintas formulaciones de la teoría de la representación es la siguiente: el otorgamiento de poder de representación no contiene, ni en lo más mínimo, la voluntad determinante del negocio representativo. Esta voluntad, en realidad, existe siempre y en todos los aspectos, sin compartirla con nadie, en el representante, y el poder que se le ha otorgado es solamente la condición y límite para la eficacia de esa voluntad. Los defensores de la teoría de la representación no niegan que el negocio representativo se encuentre bajo el imperio de dos voluntades; pero estas producen dos actos distintos desde un punto de vista psicológico y jurídico⁽¹⁸⁾.

En buena cuenta, en la teoría de la representación se sostiene que es el representante solo quien concluye el negocio representativo, y considera, entonces, al otorgamiento de poder como un negocio jurídico independiente, situado fuera del negocio representativo; la voluntad negocial es voluntad indivisa del representante; el poder es únicamente presupuesto y límite para la eficacia de esta voluntad, pero no la contiene⁽¹⁹⁾.

La primera formulación de esta teoría fue la llamada **teoría de la ficción**, iniciada por Buchka y continuada por Carl Sintenis, Josef Unger, Carl Wächter y Karl Gareis. Pero fue Bernhard Windscheid su más preclaro exponente.

Como muchos, inicialmente el llamado “príncipe de los pandectistas” era seguidor de Savigny, puesto que sostenía que la declaración del representante es, en realidad, la del representado, y por tanto aquella merece el tratamiento legal de esta. Sin embargo, después, Windscheid⁽²⁰⁾ entendió que la declaración de voluntad del representante no es la declaración de voluntad del representado.

Cuando se piensa en la declaración de voluntad de A, se piensa precisamente en la declaración de voluntad de A y no en la de algún otro. Entonces, se

(18) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 45.

(19) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 128.

(20) WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Volume Primo. Traducción italiana de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1925, p. 224.

debe decir que la declaración de voluntad del representante no es pensada (fingida) como declaración del representado. Lo que ocurre, en realidad, es que la declaración del representado es concebida **como** la del representante. La declaración de voluntad que se actúa en el negocio representativo recibe todas sus particularidades del estado interno del representante, es un “trozo de la vida psíquica del representante”, pero la declaración del representante –al celebrar el negocio representativo– y la del representado –en el otorgamiento del poder– tienen igual contenido. He aquí la ficción, que se manifiesta también en el hecho de que los efectos de la declaración del representante son los mismos que si hubiese sido hecha por el representado⁽²¹⁾.

Otra formulación es la denominada **teoría de la separación**, postulada por autores como Rudolph von Ihering, Otto Karlowa y Ernst Zimmermann. Según el primero de los mencionados, en la representación no se piensa en una declaración del representante, puesto que esta, rigurosamente hablando, no existe. Lo que ocurre, en rigor de verdad, es que la declaración de voluntad del representante no tiene un efecto para su creador, sino para otro, el representado. Así, se debe distinguir la causa, constituida por la declaración del representante, del efecto, que implica que el representado adquiera las consecuencias jurídicas del actuar de su representante⁽²²⁾.

Por su parte, Karlowa dice que la esencia de la representación estriba en que el acto realizado por el representante, que él llama **acto constitutivo**, lleva a existir el negocio jurídico en la persona del representado. Así, el negocio jurídico representativo es el efecto inmediato del acto constitutivo. Para esto, Karlowa parte de la consideración de que la existencia de un negocio no está determinada solo por el ordenamiento, sino que también su origen puede estribar solo en una voluntad privada⁽²³⁾.

Finalmente Zimmermann manifiesta que la construcción de la figura de la representación bien puede prescindir de cualquier ficción. De este modo, propone una fórmula que, según él, refleja la voluntad de quienes intervienen en un negocio representativo: el representante actúa con la intención reconocible de suplir un acto personal de otro⁽²⁴⁾.

(21) *Ibidem*, p. 225.

(22) *Ídem*.

(23) *Ídem*.

(24) *Ibidem*, p. 226.

La teoría de la representación llega a su máxima elaboración años después de promulgado el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), con Von Tuhr, allá por el año 1918.

Von Tuhr entiende que la declaración del representante está destinada a producir efectos para el representado, ya que se emite en su nombre, pero tiene por contenido una resolución, un acto voluntario, del propio representante; el representante declara que con su voluntad quiere producir determinados efectos dentro de la esfera jurídica del representado. Mientras que en los negocios normales, o sea que prescinden de la representación, el *factum* y el efecto jurídico coinciden en la misma persona, la representación divide ambos elementos entre dos personas: el *factum* del negocio se produce respecto del representante; sus efectos se producen respecto del representado⁽²⁵⁾.

Según Tuhr, el párrafo 116 del BGB dispone que los vicios de voluntad deben juzgarse desde el punto de vista del representante y no del representado, lo que se constituye en una prueba de que el BGB acoge su teoría⁽²⁶⁾.

Debe indicarse, sin embargo, que los planteamientos de Von Tuhr tenían como antecedente las opiniones favorables de Ludwig Enneccerus⁽²⁷⁾.

Con todo, incluso actualmente, la teoría de la representación es la que goza de mayores seguidores en Alemania. Paul Oertmann la defendía culminando el primer tercio del siglo XX⁽²⁸⁾. En los años cincuenta, Heinrich Lehmann afirmaba que la teoría de la representación era la consagrada en el BGB⁽²⁹⁾. Después, a mediados de los años setenta, un autor de la talla de Karl Larenz ni siquiera se tomaba la molestia de defender la teoría de la representación y la asumía sin más⁽³⁰⁾.

(25) VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. V. III. P. 2. Traducción española de Tito Ravà. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 7 y 8.

(26) *Ibidem*, p. 26.

(27) ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil (Parte General)*. Primer Tomo. V. II. P. I. Traducción española de Blas Pérez González y José Alguer. Bosh, Barcelona, 1981, p. 426 y ss.

(28) OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción española de Luis Sancho Seral. Editorial Labor, Barcelona, 1933, pp. 307 y 308.

(29) LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. Traducción española de José María Navas. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 436.

(30) LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte general*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 756 y 757.

II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA RELACIÓN

El Pandectismo alemán se caracterizó por su elevada cultura del debate, la cual fue causa del surgimiento de una teoría tras otra como consecuencia de los errores que una afirmaba haber detectado en la otra. A continuación veremos los “puntos débiles” de las diferentes teorías que acaban de ser expuestas, de tal manera que salgan a relucir las razones por las cuales fueron abandonadas progresivamente. Esta tarea, qué duda cabe, constituye un presupuesto esencial a fin de sostener una opinión respecto a la relación existente entre el apoderamiento y el negocio representativo.

1. Apreciaciones críticas

1.1. El representante no es mero nuncio

No han sido pocas las objeciones que han sido formuladas contra la **teoría del órgano** de Savigny.

Así, no es difícil advertir que esta teoría se ven en serios aprietos para explicar satisfactoriamente el mecanismo de funcionamiento de los poderes generales. En efecto, es imposible identificar la voluntad declarada del *dominus* en el otorgamiento de un poder general, con la voluntad que manifiesta el representante al celebrar un determinado negocio representativo en virtud de tal poder. Y es que es obvio que dicha identificación es consecuencia de ver siempre al representante como un nuncio⁽³¹⁾.

Esta crítica es suficiente para notar que el punto de partida de Savigny es harto discutible, puesto que la diferencia referida a la discrecionalidad en sus tres ejemplos no es imponderable o puramente cuantitativa, como cree él, sino que, en realidad, es una diferencia sustancial capaz de establecer un límite claro entre dos distintas categorías legales⁽³²⁾.

Asimismo, la apreciación que hace el propio Savigny de sus tres ejemplos ha sido calificada de sofisma⁽³³⁾. En efecto, puesto que decir que la dirección de una sola voluntad hacia diversos contratos es posible, no afecta en nada el hecho de que es indispensable una voluntad negocial concreta para llevar a cabo un negocio jurídico. Además, los tres ejemplos en modo alguno se refie-

(31) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 38.

(32) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 124.

(33) Ídem.

ren a diversos contratos cuya selección se deja al intermediario, sino que se alude a un solo contrato cuya determinación de contenido se deja en diversos grados a la iniciativa del intermediario.

Podría parecer, sin embargo, que la tesis de Savigny podría reportar alguna utilidad para describir el funcionamiento de los poderes especiales, de tal manera que la función del representante quede reducida a transmitir la declaración cual nuncio, o a ultimar el contenido del negocio cuando el principal no haya fijado todos los puntos del mismo. Pero tampoco aquí la tesis bajo examen puede librarse de la crítica certera.

En efecto, bien vistas las cosas, la declaración del representado contenida en el poder especial no es idéntica a la declaración efectuada por el representante en el acto representativo. Si ello fuese así, la simple comunicación de un representante hecha a los terceros, de hallarse con poder suficiente para celebrar cierto contrato, contendría ya la oferta formalizada y dispuesta para la aceptación inmediata. Es más, si un tercero se entera de un apoderamiento que contiene todos los detalles para un contrato, podría hacer nacer el contrato con una mera declaración de aceptación⁽³⁴⁾.

No deberían quedar dudas en torno a que nunca son la misma cosa la voluntad de apoderar y la voluntad contractual declarada en el negocio principal, ni aún en el caso de que el poder se haya concretado hasta el último detalle. El poder no contiene más que el consentimiento del representado para los actos que después haya de realizar en su nombre otra persona. Cuando se nombra a un representante para celebrar cierto contrato, no es el representado quien ofrece y acepta, sino que, en realidad, este declara estar conforme con la oferta o aceptación que efectúe su representante⁽³⁵⁾.

Finalmente, el subapoderamiento deja traslucir en toda su dimensión el abismo infranqueable que separa a la teoría de Savigny de la realidad de los hechos. Efectivamente, en estos casos, al ser perfectamente posible que el representado nunca haya tenido contacto personal con el subrepresentante, podría ocurrir que el subrepresentante celebre un negocio cuyo contenido jamás habría sido siquiera imaginado por el representado. Por tanto, resulta fantástico que este caso se quiera equiparar a lo que ocurre con un nuncio.

(34) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 39.

(35) *Ibidem*, pp. 39 y 40.

1.2. No existen dos negocios

La teoría de Thöl tampoco resiste un examen minucioso, su punto de arranque también resulta endeble.

Así es, el criterio que este autor presenta para la calificación jurídica de la actuación del representante no es absoluto. En el caso que el poder fijase, hasta agotarlos, todos los puntos del negocio representativo, no quedaría ya margen alguno para una actividad volitiva autónoma del representante. Se nota con facilidad que es imposible hablar aquí de una voluntad del representante que *precise* la del representado.

En rigor de verdad, Thöl incurre en el mismo error que Savigny, puesto que también él parte de la idea que la voluntad del apoderamiento es la misma –aunque incompleta– que declara el representante en el negocio representativo. Así, el poder se diferencia de la declaración del representante solo por el grado de su determinación, de su plenitud. Mas este planteamiento resulta erróneo, puesto que ya hemos visto que el poder es algo completamente diferente a la voluntad que manifiesta el representante el negocio representativo⁽³⁶⁾.

El hecho de que Thöl sostenga que el representante, mediante su voluntad contractual, crea al mismo tiempo la voluntad contractual precisa del principal, se presta a dos objeciones incontestables: i) si con esto se quiere decir que el representante, por medio de su propia actividad volitiva, provoca a la vez en el principal una actividad volitiva, correspondiente a aquella otra, ello constituye un ficción evidente; ii) pero si se lo que quiere decir Thöl (y esto es lo más probable) es que el representante hace brotar en su ánimo la resolución de voluntad ajena, en tal caso nos hallamos ante un gran absurdo psicológico⁽³⁷⁾.

En conclusión, dada la independencia existe entre la voluntad encaminada al otorgamiento del poder, y aquella encaminada a la celebración del negocio o contrato representativo, es imposible que existan dos contratos o negocios en el sentido afirmado por Thöl.

(36) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 127.

(37) HUPKA, Josef. Ob. cit., pp. 41 y 42.

1.3. No existe división en la voluntad encaminada a la conclusión del negocio

La manera como el propio Mitteis patrocina la investigación que efectúase su conspicuo discípulo Josef Hupka (¡que en ese entonces solo tenía 25 años!), nos da una muestra del amor que sentían los juristas alemanes de la época por una abierta cultura del debate. Las tesis que Mitteis tan convencidamente planteara en su libro de 1885, fueron magistralmente criticadas por su mencionado discípulo, en una magnífica monografía que este realizó con el patrocinio del propio Mitteis⁽³⁸⁾.

¡Qué gran lección da el profesor vienes a quienes gustan de llevar los debates académicos al plano personal! Es claro qué concepto tuvo Mitteis de semejantes actitudes.

Los peruanos, hay que decirlo, tenemos mucho que aprender de tal lección.

Ahora bien, la primera crítica que se formula es el hecho de que la **teoría de la división** tampoco explica satisfactoriamente los casos de poderes que agotan todos los puntos del negocio representativo a celebrar. En este caso, sería solo el representado quien concluye el negocio representativo, puesto que no habría margen alguno para el apoderado, quedando fuera de lugar la división de la que habla Mitteis⁽³⁹⁾.

Mitteis, se advierte, se adelantó a tal crítica, afirmando que en este caso si bien existe una “concreta falta de voluntad” en el representante, no puede negarse que es posible identificar una cierta actividad de este en relación al negocio representativo, esto es, “la voluntad de proporcionar la declaración”. Sin embargo, tal defensa no consigue su objetivo, por la sencilla razón de que tal voluntad existe también en el mensajero, en el amanuense, en el telegrafista, quienes, bajo ningún punto de vista, son representantes por tener esa voluntad⁽⁴⁰⁾.

Recordando las críticas a Savigny, Hupka señala que la tesis de Mitteis, en el caso en que el poder otorgue margen de discrecionalidad al representante, da pie a considerar que la voluntad encaminada al otorgamiento del poder compone la voluntad encaminada a la celebración del negocio representativo. Pero

(38) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 7.

(39) Ibídem, p. 44.

(40) Ídem.

dado que la independencia entre dichas voluntades es cosa ya demostrada, no puede ser admitida ningún tipo de división tal como lo propone Mitteis⁽⁴¹⁾.

1.4. La voluntad del representado sí tiene relevancia jurídica

Las formulaciones iniciales de la teoría de la ficción han sido agudamente criticadas en la doctrina.

A Windscheid se le ha objetado que su planteamiento lleva a consecuencias nefastas. Su tesis, como hemos visto más arriba, implica necesariamente que si un individuo se vale de algún intermediario para realizar algún acto, se debe considerar **como** si lo hubiera hecho él mismo. Esto significaría que, por ejemplo, el representante sea imputable por efectuar una declaración en función de un poder que el representado efectuó con dolo⁽⁴²⁾.

Seguir al príncipe de los pandectistas implica aceptar que la diferenciación entre el saber del representado y el del representante no posee relevancia, debiendo admitirse la existencia de una conducta fraudulenta si la suma de los dos conocimientos colma los presupuestos necesarios, aunque ni el principal por sí solo, ni el representante por sí solo, incurran en algún tipo de fraude. En ese orden de ideas, piénsese en un apoderado general que, de buena fe, proporciona a la otra parte contratante información inexacta relativa a un estado de cosas conocido por el *dominus*, pero que este no sabe ni puede saber que el representante vaya a celebrar un negocio así, en aquellas condiciones. La aplicación de la teoría de la ficción lleva en tal caso a concluir que el contrato está viciado con dolo⁽⁴³⁾.

En consecuencia, se puede apreciar que –al igual que la tesis de Thöl– la teoría de Windscheid esta alejadísima de la realidad psicológica, puesto que daría como resultado una realidad psicológica (dolo) que en verdad no existe en ningún sujeto⁽⁴⁴⁾.

De otro lado, resulta paradójico que fuera el propio Windscheid quien criticara a las otras variantes de la **teoría de la representación**.

(41) Ídem.

(42) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 125.

(43) Ibídem, p. 126.

(44) Ídem.

En efecto, este autor sostenía que la tesis de Ihering no se ajustaba a lo que realmente pensaban las partes en un negocio representativo, puesto que las partes son bien conscientes de que existe una declaración de autoría del representante. Además, si la esencia de la representación estriba en que el representante realiza un acto que ha de producir sus efectos en otro individuo, no se ve diferencia alguna entre la representación y el contrato a favor de tercero⁽⁴⁵⁾.

A continuación, Windscheid sostiene que, en buena cuenta, la tesis de Karlowa es la misma que la de Ihering, ya que es lo mismo decir que el representante lleva a cabo un acto cuyos efectos recaerán en otro, que decir que el representante realiza un acto que provoca la existencia de otro acto en el representado; por esta razón, le aplica las mismas críticas⁽⁴⁶⁾.

Finalmente, la crítica a Zimmermann es una muestra más de la abierta cultura del debate que ha existido en Alemania: Windscheid afirma que la tesis de Zimmermann “no significa nada” (!), puesto que nadie ha negado lo que este dice⁽⁴⁷⁾.

A pesar de que las ideas desarrolladas a partir de Von Tuhr han gozado del favor de la doctrina alemana durante muchas décadas después de su planteamiento, la formulación actual de la teoría de la representación no ha sido ajena a objeciones interesantes.

En efecto, la relevancia de la voluntad del representado en la eficacia del negocio representativo es el punto que ha sometido a su tensión máxima la fuerza de la teoría de la representación.

Se afirma que sostener que solo el representante es quien celebra el negocio representativo da pie a considerar que solo la voluntad de este último es relevante, lo cual es equivocado ya que el BGB (como el *codice* de 1942 y nuestro Código Civil de 1984) dispone, en el segundo párrafo del ya citado parágrafo 116, que los vicios que eventualmente afecten al representado al efectuar el apoderamiento, repercuten en la eficacia del negocio representativo⁽⁴⁸⁾.

(45) WINDSCHEID, Bernhard. ult. cit.

(46) Ídem.

(47) Ibídem, pp. 225 y 226.

(48) Ya lo advertía HUPKA, Josef. Ob. cit., pp. 50 y 51; pero con especial énfasis: MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 129.

Sin embargo, los defensores de la teoría bajo examen responden con un argumento ajeno a esta crítica: de acuerdo con la segunda parte del párrafo 167 del BGB, la forma del negocio representativo es independiente a la forma del otorgamiento del poder, ya que este no necesita la forma prescrita para aquel. De este modo se intenta demostrar la plena autonomía existe entre el apoderamiento y el negocio representativo. Como corolario de esto, la voluntad del representado no participa en el negocio representativo, porque si así fuese, necesariamente la voluntad del apoderamiento debería someterse a la forma de la voluntad encaminada a celebrar el negocio representativo⁽⁴⁹⁾.

Empero, los críticos han respondido a esta defensa. Se da entender que este es un tema de política legislativa respecto a la forma de los negocios. Además, se considera que una disposición como la contenida en el párrafo 167 si bien busca la independencia del apoderamiento del negocio representativo, tiene excepciones. A mayor abundamiento, en países donde rige una regla general contraria, en modo alguno se sostiene que el negocio de apoderamiento sea parte del negocio representativo⁽⁵⁰⁾.

2. La posición adoptada por el legislador peruano y algunas consideraciones sobre la *contemplatio domini* y la forma del apoderamiento

En este punto, más que expresar un parecer en torno a cuál teoría es la mejor, intentaremos determinar cuál es la teoría que ha sido adoptada por nuestro Código Civil. Para este fin, consideramos que los artículos 160, 163, 164 y 208 merecen una especial atención. Veamos:

Tal como lo ha resaltado un autorizado autor⁽⁵¹⁾, para calificar correctamente la representación es importante separar el actuar negocial de la regla negocial resultado de aquella actuación.

Así, el negocio jurídico es un acontecimiento, un hecho con relevancia jurídica. De él hay que distinguir la declaración de voluntad como resultado del acto, esto es, la regla⁽⁵²⁾. En nuestro Código Civil, tal como ocurre en el BGB

(49) Básicamente: VON TUHR, Andreas. Ob. cit., p. 67 y ss.

(50) MOSCO, Luigi. ult. cit.

(51) FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel y Esther Gómez. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 880.

(52) El negocio jurídico no es fuente de Derecho, las reglas contenidas en los mismos no son normas jurídicas. Sabemos bien que existe un respetable sector que avala una opinión bien distinta (Ver: FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción española de Luis Sancho Mendizábal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 18 y ss; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría*

por ejemplo, las disposiciones sobre el negocio jurídico se dividen en aquellas que conciernen al acto que es el negocio jurídico, como, por ejemplo, las disposiciones sobre la capacidad negocial, sobre los vicios de voluntad, la forma del negocio jurídico y la formación del contrato, y en aquellas que afectan a la regla creada por el negocio jurídico. Estas últimas rigen asuntos como la interpretación y la invalidez. Por tanto, es fácil notar que la regla como resultado del negocio jurídico ha de ser distinguida del negocio jurídico como acto, del mismo modo que la Ley ha de ser distinguida del acto de legislar⁽⁵³⁾.

Ahora bien, consideramos que es el representante quien actúa en el negocio representativo. El negocio jurídico que resulta de tal actuación es, en cambio, una regulación del representado, porque el representante actúa para el representado y está autorizado para ello. Si el representante de A compra un bien en su nombre y con poder de representación, será –sin duda alguna– este representante quien actúa, pero el contrato de compraventa como resultado de la actuación negocial, como conjunto de reglas, no es suyo, sino del representado. El representado, y no el representante, es el comprador, por ello también se le denomina “dueño del negocio jurídico (*dominus negotii*)”⁽⁵⁴⁾.

Desde esta perspectiva, no hay lugar para ficción alguna. Si el representante hace saber que la regla que establece es para el representado, y si está autorizado para establecerla, la regla, siempre que la actuación del representante y la autorización sean válidas, solo puede valer para el representado, y no para el representante. Entonces, bien vistas las cosas, la representación resulta ser no “sustitución en la voluntad”, sino “sustitución en la realización de un negocio jurídico”⁽⁵⁵⁾.

Lo expuesto encuentra pleno cotejo en nuestro Código Civil.

El artículo 160 inicia señalando que el negocio jurídico representativo es “celebrado” por el representante, no mencionándose en absoluto alguna participación del representado en tal “celebración”. Lógica consecuencia de ello es que nuestro Código en su artículo 163, al momento de determinar la

general del negocio jurídico. Ara, Lima, 2002, p. 138 y ss.). Es claro que este no es el lugar para examinar el problema con detalle. Empero, consideramos que existe una crítica que la teoría normativa no puede resistir. Por razones de orden de expositivo, en un pie de página posterior habremos de exponer tal crítica.

(53) FLUME, Werner. Ob. cit., p. 110.

(54) Ibídem, pp. 880 y 881.

(55) Ídem.

anulabilidad por vicio de voluntad del negocio representativo, considera la voluntad del representante.

La no participación del representado en el negocio jurídico representativo también puede comprobarse observando el artículo 164, que dispone que el representante, al “celebrar” un negocio representativo, está obligado a actuar en nombre de su representado, lo que también sugiere que este último no participa en tal negocio.

Esto último se refuerza con la norma contenida en el artículo 208, según la cual las normas sobre el error también se aplican a la representación, lo que muestra que se considera que es el representante quien efectivamente celebra el negocio jurídico representativo, ya que si no fuese así, esta atinencia de dicho artículo no tendría sentido.

Como se puede apreciar, las consideraciones anteriores no hacen otra cosa que respaldar la idea central de la **teoría de la representación**. Pero con ello no queremos sostener que la voluntad del representado no tenga ninguna relevancia; no negaremos que puede generar confusión afirmar, por un lado, la no intervención del representado en el negocio representativo y, por otro lado, sostener firmemente que la voluntad de este sí posee relevancia en el negocio representativo. Lo último recuerda a los postulados de Mitteis y Thöl. Por consiguiente, la relevancia de la voluntad del representado debe plantearse en sus justos términos, para evitar caer en contradicciones.

A inicios de los años sesenta, un reputado profesor de la Universidad de Nápoles, Luigi Mosco, sugirió que la teoría de la representación no es feliz dado que niega injustificadamente la relevancia que posee la voluntad del representado en relación al negocio representativo. Sin embargo, el mismo Mosco afirma, a tenor de lo dispuesto por el *codice*, que es el representante quien realiza dicho negocio y no el representado, este último no participa en su realización. Entonces, una interrogante surge de inmediato: ¿cómo puede ser relevante en un acto la voluntad de un sujeto que no participa en él? Para esclarecer su posición, la relevancia de la voluntad del representado es explicada por Mosco de la siguiente manera:

Cuando A otorga poder a B para que lo represente, este es titular de un poder, pero “vinculado” a lo dispuesto en el apoderamiento. El vínculo consiste en que una voluntad diferente a la del representante, exactamente la del

dominus, predetermina en parte, o en todo, el contenido del negocio que el representante –y no el representado– habrá de estipular⁽⁵⁶⁾.

Según Mosco, aplicando la idea anterior, se tiene que el representante investido de un poder válido es el verdadero y único autor del negocio representativo; pero precisamente porque el poder predeterminaba más o menos ampliamente el contenido de dicho negocio, “la voluntad negocial del representante tendrá como contenido también aquellos elementos predeterminados”. De este modo, el representante quiere el negocio representativo, y lo quiere con el mismo contenido predispuesto por el *dominus*⁽⁵⁷⁾.

Según Mosco, Hupka se quedó a medio camino. Así es, el profesor napolitano admite que Hupka mejoró varios aspectos de la teoría de la representación, concibiendo al poder como base o presupuesto del negocio representativo, lo cual explica que si se invalida el otorgamiento del poder por algún vicio en la voluntad del *dominus*, no se puede afectar directamente la eficacia del negocio de gestión, sino indirectamente previa impugnación del poder otorgado⁽⁵⁸⁾.

Mosco señala que su planteamiento tiene la ventaja de que si la voluntad del *dominus* resulta viciada, puede impugnarse directamente el negocio representativo, toda vez que la voluntad de este se “proyecta sobre los elementos predeterminados incluidos en el negocio de gestión”⁽⁵⁹⁾.

La tesis de Mosco no nos convence, sus frases, a juicio nuestro, son equívocas y contradictorias con su idea inicial que se basa en el propio *codice*: el representante, en solitario, es quien celebra el negocio representativo.

En primer lugar, si admitimos que es el representante –y de ningún modo el representado– quien celebra el negocio representativo, la consecuencia no puede ser otra: la voluntad del representado no participa en dicho negocio. La idea de “predeterminación” nos agrada, pero lo demás de ningún modo. El mismo Mosco señala que la voluntad del representante “contiene” la voluntad del representado, que dicha voluntad se encuentra “proyectada” en el negocio representativo. Si esto es así ¿Dónde queda la diferencia entre un representante y una carta?

(56) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 136.

(57) *Ibidem*, p. 137.

(58) MOSCO, Luigi. ult. cit.; HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 51.

(59) MOSCO, Luigi. ult. cit.

En efecto, en aquellos casos donde en el otorgamiento del poder se determinan por completo los puntos del contrato representativo, las ideas de Mosco muestran todos sus defectos. En tales casos, debería concluirse –necesariamente– que el contenido de la voluntad del representante está totalmente conformado por la voluntad del *dominus*, o que la voluntad del representado se encuentra “proyectada” por completo en el contrato representativo. Así, dentro del cuadro que este autor italiano propone, en casos semejantes el representante no se diferencia en absoluto del **nuncio**.

Ideas semejantes han sido planteadas a fines de los años ochenta en Italia.

Por un lado, un distinguido cuarteto de profesores de la Universidad de Pisa, Lina Bigliazzi Geri, Ugo Natoli, Francesco Busnelli y Umberto Breccia tienen como premisa que la función de la representación tiene como nota especial la cooperación jurídica, y no puramente material. Tal nota estriba en la posibilidad de que los efectos jurídicos de un actuar caigan en una esfera jurídica ajena. Así, la representación implica un tipo de cooperación que se traduce en uno o varios actos de voluntad que son propios del representante, si bien dentro de los límites establecidos por el representado⁽⁶⁰⁾.

A partir de aquellas ideas, sostienen que la representación no se diferencia sustancialmente de la actividad de aquellos sujetos, los nuncios, que se limitan a transmitir una declaración del todo predeterminada por el sujeto interesado, puesto que la mencionada nota especial también está presente en este caso⁽⁶¹⁾. De acuerdo con ellos, no habría representación en sentido estricto sin una participación activa del representante en el acto representativo. “Este debe tener un margen de libertad y apreciación, así sea mínimo”⁽⁶²⁾, sentencian.

Dentro de ese margen interviene el representante con conocimiento (o ignorancia) de la circunstancia del negocio, que es independiente del conocimiento o la ignorancia que pueda tener de ellas el representado; presta un conocimiento que podría estar o no exento de vicios, pero que de todos modos se formó de manera autónoma con respecto a una –eventual– voluntad distinta del representado⁽⁶³⁾.

(60) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. T. I. V.2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 703.

(61) *Ibidem*, p. 704.

(62) *Ibidem*, p. 724.

(63) *Ibidem*, p. 723.

Sobre esta base, ellos consideran que “con respecto a los elementos predeterminados (pero solo en lo que hace a ellos), el representante se transforma en un mero instrumento de transmisión de la voluntad y del conocimiento del representado”⁽⁶⁴⁾.

En el mismo sentido, Francesco Galgano afirma que cuando alguno de los elementos del contrato esté predeterminado por el poder, en la determinación del contenido del contrato concurren la voluntad del representado (para los elementos predeterminados por este) y la voluntad del representante⁽⁶⁵⁾. Es más, el profesor boloñés llega a considerar que “el representante declara una voluntad que solo en parte es suya”⁽⁶⁶⁾.

Estos planteamientos, sin embargo, no parecen que puedan ser compartidos. Así es, vemos que los mismos se tornan muy discutibles con solo recordar una de las críticas que Hupka le formulara a Savigny: si se considera que el representante es un mero transmisor, un nuncio, en aquellos casos donde el poder predetermina todos los puntos del negocio representativo, debe concluirse también que si un apoderamiento de tales características es comunicado de forma simple a los terceros, estos deberían poder perfeccionar el contrato con su sola aceptación.

Es claro que tanto para los profesores pisanos como para Galgano, el apoderamiento contiene ya la inmediata voluntad contractual que en la declaración del representante se pone de manifiesto. Pero ello no es cierto y, como se vio, en el poder general esto salta a la vista. Este último no puede ser concebido como la sumatoria de declaraciones contractuales que el apoderado puede hacer en el futuro a nombre del principal, puesto que se violaría el principio según el cual la voluntad negocial necesariamente debe referirse a un negocio determinado⁽⁶⁷⁾.

Asimismo, puede concluirse que las ideas de estos autores terminan negando por completo la teoría de la representación, que ellos mismos afirman seguir⁽⁶⁸⁾, ya que si afirman que en muchos casos (es usual que en un otorga-

(64) *Ibidem*, pp. 724 y 725.

(65) GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 375.

(66) *Ídem*.

(67) HUPKA, Josef. *Ob. cit.*, p. 38.

(68) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Ob. cit.*, p. 703. GALGANO, Francesco. *Ob. cit.*, p. 345 y ss.

miento de poder sean predeterminados varios elementos del negocio representativo) es la voluntad del representado la que efectivamente participa en el negocio representativo, en realidad están negando que sea solo el representante quien realiza el negocio.

Como puede advertirse, mucha razón tiene Luis Díez-Picazo cuando afirma que para construir un concepto riguroso de representación, un punto clave es la distinción de esta figura con la del nuncio⁽⁶⁹⁾. Al respecto, el prestigioso profesor español indica que, en realidad, la distinción de estas figuras es cosa muy poco clara. Para sustentar esto, Díez-Picazo propone dos hipótesis: i) en caso en que el auxiliar del *dominus* posea la facultad de decidir sobre la conveniencia de celebrar o no el negocio representativo y otros tantos aspectos, y ii) el auxiliar se limita a efectuar una actividad de puro transporte de una declaración de voluntad emitida enteramente por el *dominus negotii*, sin posibilidad de variación de dicha declaración⁽⁷⁰⁾.

Ahora bien, según este autor, en el segundo caso no solo no existe representación en modo alguno, sino que tampoco existe necesidad alguna para construir una figura jurídica específica donde encajarlo, toda vez que esta actividad de mera transmisión la puede desempeñar también el servicio de correos, y no por ello diremos que este es un nuncio⁽⁷¹⁾.

Díez-Picazo reafirma su posición señalando que entre los dos casos extremos planteados existe una variadísima gama, quizá no susceptible de ser enteramente reducida a un esquema simétrico. Dentro de estas hipótesis intermedias, dice el ex magistrado del tribunal constitucional español, se encuentra, en primer lugar, el caso en que la formación de la voluntad negocial es obra conjunta del *dominus* y de su colaborador. El *dominus* ha decidido una parte de la *species facti* negocial y ha dejado a la iniciativa de su colaborador concluir las negociaciones y fijar los restantes elementos del negocio. Díez-Picazo sostiene que este último caso es igual a aquel donde el negocio jurídico representativo ha sido conformado por completo por el *dominus*, y el representante solo tiene la iniciativa de concluir o no tal negocio⁽⁷²⁾.

(69) DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1992, p. 53.

(70) *Ibidem*, p. 54.

(71) *Ídem*.

(72) *Ibidem*, p. 55.

Asimismo, este autor considera que la cuestión se complica significativamente en la segunda hipótesis, que el referido autor llama **emisario en sentido estricto**, dado que este necesariamente debe interpretar la declaración recibida, de modo que la manifestación del emisario no es nunca una auténtica reproducción, sino una nueva expresión de la declaración. Los términos en que el negocio quedará cristalizado no serán los que deriven de la declaración del *dominus*, sino los que resulten de la efectuada por su emisario. Así, la línea divisoria entre representante en nuncio se borra cada vez más⁽⁷³⁾.

En ese orden de ideas, Díez-Picazo concluye que no tiene relevancia distinguir entre representante y nuncio, máxime en aquellos casos en los cuales el contenido del negocio representativo ha sido determinado por completo por el representado. Es más, la diferenciación no debe buscar la exclusión del nuncio del régimen legal de la representación⁽⁷⁴⁾.

La tesis del catedrático español ha influenciado notablemente en varios autores de nuestro país, sobre todo cuando comentan el artículo 163 del Código Civil. Entre ellos, por ejemplo, Fernando Vidal, Juan Lohmann, Aníbal Torres, Jorge Beltrán y Francisco Romero. Tengo la convicción, sin embargo, de que el maestro José León mantuvo una posición diferente a la de Díez-Picazo en este punto. Veamos:

Vidal sostiene que es el representante quien realiza el negocio jurídico representativo, es la voluntad de este la que da lugar a la formación de dicho negocio. De este modo, el representante propiamente dicho, afirma este autor, no es un simple órgano transmisor, ni siquiera cuando obra dentro de los límites de las instrucciones recibidas⁽⁷⁵⁾.

Vidal dice que la doctrina plantea como exigencia que el representante actúe frente al tercero contratante con su propia voluntad, distinguiéndolo del nuncio, que no manifiesta su propia voluntad sino que transmite la del representante, es decir, declara la voluntad de quien recibe el encargo⁽⁷⁶⁾.

Sin embargo, más adelante, partiendo de la consideración de que nuestro Código no distingue explícitamente entre representante y nuncio, Vidal afirma que en aquellos casos donde el contenido del negocio representativo fuese, de

(73) Ídem.

(74) Ídem.

(75) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 213, 215 y 216.

(76) *Ibidem*, p. 213.

modo previo, total o parcialmente determinado por el representado, no se da la figura de la representación, pues se ha dado lugar –siempre según Vidal– a la actuación de un nuncio, al ser relevante la voluntad del representado⁽⁷⁷⁾.

Por su parte, Juan Lohmann se adhiere a las ideas de Díez-Picazo y concluye, al igual que Vidal, que en aquellos casos donde el representado predetermina total o parcialmente el contenido del negocio representativo, es la voluntad del representado la que participa en tal negocio⁽⁷⁸⁾.

Más adelante, Lohmann vuelve a insistir en la misma tesis, cuando indica que si bien es el representante quien celebra el negocio jurídico representativo, razón por la cual los vicios de su voluntad son los que realmente importan, la voluntad del representado “interviene” en el negocio si es que predetermina total o parcialmente su contenido⁽⁷⁹⁾.

Según otro profesor, Aníbal Torres, el nuncio es un caso de lo que puede denominarse **sustitución material**, donde solo cumple el rol de mero intermediario. Así, si el principal decide valerse de un nuncio, en realidad aquel efectúa el acto de modo personal, puesto que la voluntad del nuncio no interviene en modo alguno⁽⁸⁰⁾.

Torres indica que esto no ocurre en la representación, que es un caso de **sustitución jurídica**, ya que en estos casos, cuando se celebra el negocio representativo, el representante es quien manifiesta su propia voluntad dentro de los límites establecidos por el representado⁽⁸¹⁾.

Pero, más adelante, Torres sostiene que en aquellos casos donde el contenido del negocio ha sido en algún modo determinado previamente en el otorgamiento del poder, la voluntad del representado “cobra importancia” en el negocio representativo. La conclusión de Torres no puede ser otra: si previamente el poder no ha determinado el contenido del negocio representativo, solo la voluntad del representante tiene importancia, caso contrario, no la tiene⁽⁸²⁾.

(77) *Ibíd.*, p. 214.

(78) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *El negocio jurídico*. Studium, Lima, 1986, p. 124.

(79) *Ibíd.*, p. 164.

(80) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Idensa, Lima, 2001, p. 328.

(81) *Ibíd.*, p. 330.

(82) *Ibíd.*, p. 377.

Asimismo, basándose en los autores pisanos ya citados y también en Díez-Picazo, Jorge Beltrán⁽⁸³⁾ dice respecto de estos casos “que la voluntad del apoderado se entiende que es la voluntad del poderdante”.

Ahora bien, según Beltrán, la razón por la cual el Código dispone que el negocio representativo es anulable si su contenido fue total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, se debe a que en estos casos el interés del poderdante se ha casualizado en el contenido del negocio representativo⁽⁸⁴⁾.

Finalmente, Francisco Romero⁽⁸⁵⁾ sostiene que si el representado determina parte del contenido del negocio representativo en el acto de apoderamiento, puede decirse que el representado también participa, aunque parcialmente, de la celebración del negocio representativo. Solo así se explica que este negocio sea anulable solamente si la voluntad del representado fuera viciada respecto a dicho contenido.

En atención a lo anterior, puede verse cuánta razón tiene Vidal cuando afirma que la doctrina de Mitteis ha seguido teniendo acogida por un sector de la doctrina italiana y por la mayoría de nuestra doctrina⁽⁸⁶⁾.

Ahora bien, por nuestra parte, expondremos las razones por las cuales patrocinamos una opinión diferente a la de Díez-Picazo.

En nuestro concepto, el planteamiento de este último autor genera complejidades que bien podrían ser evitadas. Él mismo detalla muy bien la claridad que caracteriza a lo que la doctrina dominante entiende por nuncio, pero luego parece que decide no tomarla en cuenta; además, como se habrá advertido, Díez-Picazo también resulta postulando una tesis prácticamente igual a la de Mitteis.

En realidad, el concepto de nuncio no ha generado mayores problemas para la doctrina, lo que ha ocurrido es que esta, a medida que se fue desarrollando, fue precisando su concepto a fin de lograr un mejor deslinde respecto a la representación.

(83) BELTRÁN PACHECO, Jorge. "Comentario al artículo 163". En: *Código Civil comentado*. T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 714.

(84) *Ibidem*, p. 715.

(85) ROMERO MONTES, Francisco. *Curso del acto jurídico*. Portocarrero Ediciones, Lima, 2003, p. 132.

(86) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 178.

Desde Roma hasta el siglo XX, el concepto de nuncio no sufrió cambio. En el año 1899, el autor alemán Ernst Fleck publicó un muy citado trabajo respecto al nuncio, y arribó a la conclusión de que el mismo no resulta ser más que una “carta parlante”. Esta idea fue seguida por Hupka. Varios años después, Von Tuhr sostuvo que el nuncio solo prestaba una colaboración puramente de hecho a efectos de transmitir o comunicar una declaración de voluntad⁽⁸⁷⁾.

Esta uniformidad de pareceres no se ha visto alterada. Por ejemplo, Larenz afirmaba que la voluntad del nuncio no interviene en absoluto en la celebración del negocio representativo, puesto que solo tiene por función ser un canal de comunicación⁽⁸⁸⁾. Más recientemente, Flume ha patrocinado exactamente la misma opinión⁽⁸⁹⁾.

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos donde el nuncio tergiversa o, por cualquier razón, no transmite adecuadamente la declaración de voluntad del principal? Pues los alemanes, como corresponde, cierran filas e indican que suceda lo que suceda con el nuncio, lo que este llegue a transmitir, en calidad de tal, se entiende como si el principal lo hubiese declarado. Y es que si el nuncio no es otra cosa que un mero canal de transmisión de una declaración negocial o contractual, necesariamente debe entenderse que si tal canal no llega a funcionar correctamente, ello es algo que es relevante solo respecto a la esfera jurídica del principal, al no ser relevante en modo alguno la voluntad del nuncio⁽⁹⁰⁾. Esta era la perspectiva manejada por el maestro León⁽⁹¹⁾.

De este modo, si el nuncio realiza una labor de interpretación, ello es algo enteramente irrelevante. Como ha sido expresado por los autores alemanes “en coro”, si el nuncio llega a entender o no aquello que debe transmitir, pues importa poco. Somos bien conscientes de que un sujeto puede encargar a un nuncio transmitir una declaración extensa y este trate de sintetizarla y, finalmente, sea este resumen lo que finalmente transmita, mas ello no importa en

(87) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 86 y ss.

(88) LARENZ, Karl. Ob. cit., pp. 767 y 768.

(89) FLUME, Werner. Ob. cit., p. 882.

(90) ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., p. 427; VON TUHR, Andreas. Ob. cit., pp. 10 y 11; OERTMANN, Paul. Ob. cit., p. 308; LEHMANN, Heinrich, Ob. cit., p. 430; LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 767; y FLUME, Werner. Ob. cit., p. 885.

(91) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991, pp. 95 y 96.

un análisis jurídico. Resumido o no resumido, bien o mal sintetizado el mensaje, lo que el nuncio efectivamente transmite, se entiende como si lo hubiese transmitido el principal, de modo personal evidentemente⁽⁹²⁾.

Asimismo, es cierto que nadie va emplear el término “nuncio” para designar a un servicio de correo o a una carta, puesto que ese término, como lo hace notar la doctrina que se ha venido siguiendo, es solo para seres humanos que cumplan la misma función que tales canales de comunicación, y esta especialidad es necesaria precisamente porque el ser humano, a diferencia de cualquier otro tipo de canal, posee una voluntad cuyo rol debe ser adecuadamente encuadrado en cada caso. Dado que la carta, el telégrafo o el sistema de telefonía carecen por completo de capacidad volitiva, nadie pierde el tiempo en destacar que su “voluntad” –inexistente– no interviene en las declaraciones donde son empleados. Mas, sí hace sentido entender a la figura del nuncio separadamente de los otros canales de transmisión, puesto que este –en su condición humana– sí puede alterar voluntariamente aquello que se le ha encargado transmitir, cosa que ningún otro canal puede hacer.

Siendo así, el sistema debe solucionar tal problema, y ello lo hace precisamente considerando al nuncio, haga lo que haga en su condición de tal, como un mero transmisor.

De todos los canales de comunicación que pueden ser empleados, solo uno se ve despojado de un elemento constitutivo dentro de un análisis jurídico: el nuncio de su voluntad.

Si el telégrafo sufre un desperfecto, si la carta se moja y afecta la tinta de tal manera que el mensaje original sufre un cambio, nadie se detiene a analizar jurídicamente tales alteraciones. Del mismo modo se debe proceder con el nuncio. Insistimos, si explícita o implícitamente se entiende que un sujeto actúa como nuncio de otro, la voluntad de aquel no es relevante dentro de un análisis jurídico.

Tal como puede fallar un sistema de telégrafo, un sistema de correo, la red telefónica o el sistema de internet (muchos de nosotros hemos recibido más de una vez un correo electrónico con la letras distorsionadas), igual puede fallar el nuncio como canal humano de transmisión. Por tanto, todos estos casos de falla merecen el mismo tratamiento legal.

(92) Ídem.

Como no podía ser de otra manera, esta misma perspectiva ha sido manejada por la mejor doctrina italiana, país cuyo Código Civil ha influenciado directamente al nuestro.

Así, uno de los últimos grandes estudiosos del viejo *codice* de 1865, Roberto De Ruggiero, indicaba que un individuo tiene la calidad de nuncio cuando solo tiene el encargo de comunicar la declaración de otro⁽⁹³⁾. En esa línea, este célebre profesor napolitano afirma que el nuncio es un “simple órgano” de transmisión de la declaración ajena, un instrumento equiparable a otro medio cualquiera material de que nos servimos para comunicar a distancia nuestra voluntad, como el correo o el telégrafo⁽⁹⁴⁾.

El ilustre cuarteto que estudió a fondo el tema que nos ocupa, apenas fue promulgado el *codice* de 1942, también sostenía que el nuncio no era más que un colaborador puramente material, no jurídico, motivo por el cual en ningún caso tenía relevancia su voluntad. En consecuencia, los riesgos que implica la falta de una transmisión adecuada por parte del nuncio, recaen únicamente en la esfera jurídica del principal, tal como ocurriría con cualquier otro medio de transmisión⁽⁹⁵⁾.

En 1961, el ya autorizado Renato Scognamiglio sentenciaba que la función de un nuncio no se relaciona en absoluto con la representación. La voluntad de un nuncio no es relevante, de modo que quien se vale de él para celebrar un negocio, en realidad lo celebra de modo personal⁽⁹⁶⁾.

Ya más recientemente, insignes autores como Francesco Gazzoni⁽⁹⁷⁾ y, quizá el estudioso italiano del Derecho contractual más importante del momento,

(93) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción española de Serrano Suñer y Santa Cruz Teljeiro. Madrid. s. f. p. 274.

(94) *Ibidem*, p. 275.

(95) BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 490; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción española de Jaime Santos Briz. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 228 y 229; CARIOTTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. Traducción española de Manuel Albaladejo. Aguilar, Madrid, 1956, p. 572; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción española de Agustín Luna Serrano. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 338.

(96) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción española de Fernando Hines-trosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 71.

(97) GAZZONI, Francesco. *Manuale del Diritto Privato*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1998, p. 980.

Vincenzo Roppo⁽⁹⁸⁾ han destacado que un nuncio se caracteriza por no tener ninguna iniciativa en la celebración del negocio representativo, precisamente porque su voluntad carece de relevancia, de modo que si el nuncio no transmite adecuadamente la declaración, las consecuencias de ello afectarán solo al principal.

Para nosotros está muy clara la diferencia del representante con el nuncio. La voluntad de este no tiene ninguna relevancia en la celebración de un negocio, la voluntad de aquel sí. El hecho que subraya Díez-Picazo de que en muchos casos el nuncio puede no reproducir fielmente la declaración, de modo que se hace borrosa la distinción de este con el representante, no es problema en realidad, puesto que, como ya lo vimos, suceda lo que suceda con el nuncio, aquello que este declare como tal debe ser considerado como si lo hubiese declarado personalmente el *dominus*.

Consecuentemente, pensamos también que sí tiene relevancia práctica distinguir entre nuncio y representante.

Díez-Picazo sostiene que es lo mismo que el representado haya determinado previamente todo el contenido negocial o que la gran mayoría del mismo lo determine el representante. Con el mayor de los respetos, decimos que desde que la teoría de Mitteis fue abandonada por la doctrina gracias a las agudas críticas de su discípulo Hupka, se entiende que no importa cuanto del negocio representativo haya sido previamente determinado por el representado al momento de otorgar el poder, ya que existe representación tanto en los poderes generales como especiales.

Como ya se dijo, lo que ocurre es que Díez-Picazo postula ideas muy semejantes a las de Mitteis, ya que él mismo dice que si el negocio ha sido predeterminedo por el *dominus*, el negocio representativo se forma por un actuar conjunto del representado con el representante. Pero ya hemos visto que esta postura resulta difícil de seguir o compartir. Dentro de un planteamiento como el de Mitteis sí es borrosa la diferencia entre representante y nuncio, precisamente por ello la doctrina lo dejó de lado, tal como lo han documentado de manera brillante Hupka y Mosco.

(98) ROPPO, Vincenzo. "Il contratto". En: *Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 262 y 263.

Si el negocio representativo se forma por la voluntad conjunta del representado y del representante, como decía Mitteis y dice ahora un importante sector de la doctrina nacional, española e italiana, pues en primer lugar ello va contra la realidad de los hechos, puesto que quien celebra el negocio con el tercero es un solo individuo, y este es el representante, negar esto implicaría regresar a los viejos postulados de la teoría de la ficción. Segundo, si todos los puntos del contrato a celebrar han sido previamente determinados en el otorgamiento del poder, sería en realidad el representado quien lo celebraría, de modo que si el tercero con quien se va a celebrar el contrato se entera de algún modo de tal otorgamiento, este podría concluir el contrato haciendo llegar al representado su aceptación, sin ninguna intervención del representante. Los poderes especiales no existirían.

Como ya lo dijimos, nosotros pensamos que solo el representante es quien participa en la celebración del negocio representativo. Una prueba de ello es que la firma del representante es la que figura en el contrato, no tiene sentido que en un negocio representativo sea el representado quien firme. Si fuese así, pues no estaríamos ante un negocio representativo.

Ahora bien, cuando en el otorgamiento del poder se determinan todos los puntos del contrato a celebrar, el representante puede no declarar absolutamente nada y no habría negocio representativo. Pero si la otra parte se entera del otorgamiento del poder y hace llegar su aceptación al representado ¿Puede decirse que hay un negocio representativo? ¿Cómo puede existir un negocio representativo cuando el representante no declara nada en absoluto? Es claro que solo hay negocios representativos cuando el representante los celebra.

Por otra parte, si A nombra como su nuncio a B y el mensaje que este debe transmitir contiene una oferta contractual válida. Pero B nunca transmite tal declaración contractual, pero el destinatario toma conocimiento de la misma por otros medios y decide enviar de inmediato su aceptación ¿existirá un contrato entonces? Por supuesto que sí, puesto que la declaración ya fue realizada y no interesa por qué medios llegue. Por ejemplo, si una carta comercial no pudiese ser enviada por la oficina de correos, es perfectamente posible que esta se proponga telegrafiar la misma a su destinatario con la finalidad de servir de la mejor forma a su cliente. Se emplee la carta o se emplee el telégrafo, no interesa, lo que importa es que ya se efectuó una declaración y el canal por el cual esta arribe a su destino no tiene relevancia jurídica.

El hecho de que existan casos donde pareciera que el nuncio se confunde con el representante con poder especial, no afecta en nada lo dicho hasta ahora. La doctrina se muestra uniforme en afirmar que para distinguir si un individuo es representante o un simple nuncio habrá que determinar si el mismo tiene algún margen de decisión en el negocio a celebrar. Así, si el sujeto en su actuar manifiesta el ejercicio de algún margen de discrecionalidad en la formación del negocio, sin duda nos hallaremos ante un representante. Y es que, francamente, esto es obvio, puesto que tal margen es impensable en el caso del nuncio toda vez que su voluntad no tiene relevancia alguna⁽⁹⁹⁾.

En ese orden de ideas, puede decirse que la declaración que se “deposita” en el nuncio es totalmente diferente a la declaración encaminada a otorgar poder de representación, sin importar en lo más mínimo si en ambos casos se procede a predeterminar todos los puntos de un contrato. Puesto que consideramos que la declaración por la cual se otorga poder no contiene ninguna disposición inmediata sobre la esfera jurídica del principal, sino solamente el consentimiento para los negocios de disposición que después haya de realizar en su nombre otra persona. Si A otorga a B poder de representación para comprar una casa, no es A quien ofrece y acepta, sino que A declara que está conforme con la oferta o aceptación que efectúe B. Como máximo puede entenderse que A declara “querer celebra el contrato”, más si se valiera de un nuncio, A declararía “estoy celebrando un contrato”. Por esto bien se hace en decir que “querer que un contrato se celebre y celebrar un contrato son dos cosas completamente diferentes”. Este es el punto de vista de Hupka, que la doctrina alemana actual no ha objetado y mucho menos lo haremos nosotros puesto que nos parece impecable, razón por la cual aquí defendemos como aplicable a nuestro Derecho⁽¹⁰⁰⁾.

En ese orden de ideas, debemos precisar ahora porqué guardamos una opinión diferente a la de la doctrina nacional. Para empezar, la idea de Beltrán la respetamos (como toda idea ajena), pero no la compartimos, puesto que se acerca a una ficción, como dijimos el fenómeno de la representación debe construirse prescindiendo de ficciones, por ello no es que la declaración del representante se entienda **como** la del representado, ya que eso más bien ocurre

(99) Desde hace mucho, por ejemplo: SANTORO PASSARELLI. Francesco. ult. cit.; de lo más reciente: FLUME, Werner. ult. cit; ROPPO, Vincenzo. ult. cit.

(100) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 39.

con el nuncio, sino que, en representación negocial, es en realidad el representante quien efectúa el negocio.

Si esto es así, ¿cómo hacer frente al artículo 163 del Código Civil? Este artículo es casi una copia del artículo 1390 del *codice* de 1942. De acuerdo con esta norma italiana, es la voluntad del representante la que debe tomarse en cuenta al examinar la presencia de algún vicio de voluntad en el contrato representativo. Asimismo, si algunos elementos del contrato han sido predeterminados por el representado y el vicio concierne a estos elementos, deberá atenderse a la voluntad del representado. De modo que si el representante sufre un vicio respecto a elementos no predeterminados y al mismo tiempo el representado sufrió un vicio al establecer los elementos predeterminados, deberá atenderse a la voluntad de ambos.

También el referido artículo 163 dispone que se debe atender a la voluntad del representante si se trata de determinar la presencia de algún vicio de voluntad en el negocio representativo. Pero si el contenido de este ha sido previamente determinado por el representado, el negocio será anulable solo si la voluntad del representado fuere viciada respecto de dicho contenido.

Literalmente, esta norma quiere decir que si el representado ha predeterminado algún elemento del negocio representativo, únicamente podrá demandarse la nulidad por vicio de voluntad si el vicio ha recaído sobre el representado. Esto nos parece criticable.

En efecto, según nuestro Código Civil, si el representado predetermina válidamente el 10% del contenido del contrato y el representante, al celebrar el negocio, incurre en error o sufre dolo en el 90% restante, el contrato no podría cuestionarse judicialmente. Y es que si el contenido ha sido predeterminado por el representado, solo cabe una posibilidad para demandar la nulidad por vicio de voluntad: que este haya recaído sobre el representado, si no ha sido así, pues nada se puede hacer⁽¹⁰¹⁾. Este pésimo régimen solo es causa de una mala técnica de redacción legislativa.

Sin embargo, sostenemos que el artículo 163 no alude a un caso de nunciatura. Si bien debe aceptarse, porque así lo ha establecido el legislador con todo su poder, que si el representado ha predeterminado el contenido del negocio, solo su voluntad deberá de tomarse en cuenta si se quiere determinar la

(101) Resalta esto, aunque sin efectuar crítica alguna: TORREZ VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 377.

existencia de algún vicio de voluntad, pero ello no quiere decir que en estos casos, y más aún cuando el negocio ha sido predeterminado en su totalidad, el representante no es tal, sino un nuncio.

Así es, en el ejemplo anterior, si el 90% del negocio ha sido completamente determinado por el representante, debe atenderse a la voluntad de este a efectos de interpretar todo el contrato. Si se quiere establecer la licitud del reglamento contractual, debe analizarse también la voluntad del representante, puesto que este ha participado directamente en la confección de tal reglamento. Entonces, respecto a aquellos puntos que no han sido predeterminados por el representado, no puede hablarse de nuncio, puesto que no es otro sino el representante quien los determina. De lo contrario, debería aceptarse la idea de nuncios con capacidad de decisión, cosa por demás inadmisibile.

Tampoco puede decirse que el representante sea un nuncio respecto de aquellos puntos predeterminados y sea representante respecto de aquellos puntos no predeterminados. Semejante cosa sería admitir la tesis de *Mitteis*.

A juicio nuestro, cuando el representado predetermina el contenido del negocio, solo está condicionando o limitando los márgenes de discrecionalidad que tendrá el representante cuando celebre el negocio representativo. Si el representado sufre algún vicio de voluntad cuando efectúa dicha predeterminación, tales márgenes o límites serán defectuosos, resultando también defectuosas las declaraciones del representante, puesto que se han basado en límites o condiciones defectuosas. Bajo este orden de ideas, en ningún caso el representado participa en la celebración del negocio, sino que solo condiciona y/o limita la eficacia de la declaración de voluntad del representante. Esta también es la perspectiva de Hupka, y que ha recogido con especial énfasis Massimo Bianca, conspicuo profesor de la Universidad de Roma, cuando indica que si el representado predetermina algunos elementos del contrato, participa de modo mediato en el negocio, siendo el representante quien participa de modo inmediato, al ser el único que celebra el negocio junto al tercero⁽¹⁰²⁾.

Cabe reiterar que el maestro León, con todo acierto, sostenía firmemente que en ningún caso el representado formaba parte de la celebración del

(102) HUPKA, Josef. Ob. cit., pp. 45 y 47 y ss; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. T. III. Giuffré, Milano, 1987, p. 94.

negocio representativo, su voluntad simplemente no participaba en tal celebración, en todos los casos era la voluntad del representante la que se declaraba en los negocios representativos⁽¹⁰³⁾.

Otra nota distintiva de la representación es la denominada *contemplatio domini*. Nuestro Código al respecto es bastante claro y exige, en su artículo 164, que el representante declare que sus actos habrán de producir efectos en la esfera jurídica de su representado y, si se le requiriese, que acredite sus facultades.

Esto es unánime en la doctrina, pero nuestro Código tiene la particularidad (afortunada, por cierto) de imponer al representante un deber jurídico, de modo que todo representante está constreñido legalmente a indicar que está actuando en nombre del representado.

Sobre este punto se ha indicado que la *contemplatio domini* encuentra su fundamento en la tutela debida a los terceros, quienes tienen interés en saber para quien se celebra en realidad el negocio, y derecho a saberlo. Si se lo solicitan, el representante tiene el deber de justificar sus poderes ante el tercero, y si los mismos resultan de un acto escrito, debería pues entregar una copia de este de ser necesario⁽¹⁰⁴⁾.

Rodolfo Sacco, el mayor civilista actual de la Universidad de Turín, resalta que la *contemplatio domini*, al significar que el representante actúa mencionando al sujeto en cuya esfera jurídica habrán de recaer los efectos del negocio representativo, es una necesidad imperiosa. Así también lo entienden las cortes italianas⁽¹⁰⁵⁾.

En realidad, no hay mucho que comentar al respecto⁽¹⁰⁶⁾, más aún en un Código como el nuestro que regula a la *contemplatio domini* como deber. En otros países, se discute sobre la posibilidad de una *contemplatio domini* tácita, y se acepta sin problemas. Bajo los cánones hermenéuticos que inspiran a tal doctrina, consideramos que si de las circunstancias del caso pue-

(103) LEÓN BARANDIARÁN, José. ult. cit.

(104) SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., pp. 80 y 81. En el mismo sentido: FLUME, Werner. Ob. cit., p. 891.

(105) SACCO, Rodolfo. En: SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. T. II. Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1993, p. 178.

(106) En todo caso, permítasenos remitirnos a las interesantes líneas de PRIORI POSADA, Giovanni. "Comentario al artículo 164". En: *Código Civil Comentado*. Ob. cit. p. 716 y ss.

de desprenderse sin problema la efectiva existencia de la *contemplatio domini*, deberíamos dar por cumplido el deber contenido en el artículo 164 del Código Civil. Es decir, puede declarar expresa o tácitamente que actúa como representado.

Finalmente, en lo concerniente al problema de la forma. El asunto ha sido dilucidado por una autorizada doctrina francesa. Así, Josserand resalta, en primer lugar, que el apoderamiento es un negocio de forma libre, de modo que no es indispensable, por regla general, la redacción de un escrito, de tal suerte que el otorgamiento de poder de representación puede darse verbalmente⁽¹⁰⁷⁾.

Sin embargo, esta ausencia de solemnidad negocial sufre dos limitaciones, aceptada una y, usualmente rechazada, la otra.

Por un lado, cuando el otorgamiento el poder se otorga para un negocio representativo que debe revestir forma solemne, el apoderamiento debe realizarse en la misma forma. Y es que, sostiene Josserand, la solemnidad se exige generalmente en interés de las partes, a quien se ha querido llamar la atención sobre la gravedad del acto a realizar y a quienes se ha querido proteger contra colusiones o errores enojosos⁽¹⁰⁸⁾.

En el Código Civil peruano, el poder, en principio, puede ser otorgado también prescindiendo algún tipo de forma específica (artículo 143). Sin embargo, en ocasiones nuestro Código Civil exige una determinada forma, a pesar de que el negocio representativo pueda prescindir de ella (artículo 156). En efecto, si A otorga poder a B para que este le venda su casa a C, tal apoderamiento debe otorgarse por escritura pública, pero el negocio representativo puede ser incluso verbal.

Ahora bien, Josserand pone sobre el tapete la posibilidad de que el poder se otorgue tácitamente. Esta opinión, dice el célebre profesor de Lyon, es generalmente rechazada pero debería ser aceptada en consideraciones de prudencia y equidad. Para este autor, el *code* permite una consideración restrictiva, en el sentido que solo la aceptación del poder puede ser tácita, mas no el otorgamiento mismo. Agrega además que sería muy peligroso admitir constituciones de mandatarios y atribuciones de poderes por meras

(107) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. II. Vol. II. Traducción española de Santiago Cunchillos y Manterola. EJEA, Buenos Aires, 1951, p. 358.

(108) Loc. cit.

presunciones, ya que se esfumaría la línea divisoria entre el mandato y la gestión de negocios, lo que sería grave; la voluntad del mandante está en la base misma de la operación, cuya iniciación constituye, no debe presumirse en vano⁽¹⁰⁹⁾.

Como veremos más adelante, Jossierand incurre en el error de confundir mandato y poder. El negocio de apoderamiento también podría ser tácito, esto se vincula a lo que la doctrina denomina **representación aparente** o por **actos de tolerancia**. Así es, la regla general es que al apoderamiento se le aplica el artículo 143 del Código Civil (libertad de forma) y, al estar conformada por una declaración de voluntad, también el artículo 141 de este mismo cuerpo legal. En consecuencia, el poder podría implicar una tácita manifestación de voluntad en todos los casos, menos en los supuestos contemplados por el artículo 156.

(109) *Ibidem*, pp. 359 y 360.

CAPÍTULO II

**El negocio jurídico
de apoderamiento, el poder
de representación y la relación
jurídica subyacente**

CAPÍTULO II

EL NEGOCIO JURÍDICO DE APODERAMIENTO, EL PODER DE REPRESENTACIÓN Y LA RELACIÓN JURÍDICA SUBYACENTE

Visto ya, en sus aspectos esenciales, el funcionamiento del mecanismo de la representación, se hace indispensable analizar, en sus aspectos básicos, tres elementos fundamentales de tal funcionamiento.

I. EL NEGOCIO JURÍDICO DE APODERAMIENTO. SUS CARACTERES PRINCIPALES

Hace algunos años, un autorizado autor nacional decía sobre el negocio jurídico: “la noción más autorizada entre los especialistas acerca del negocio jurídico es aquella que lo entiende como un supuesto de hecho por virtud del cual su autor o autores disponen un reglamento de intereses jurídicamente relevante”⁽¹¹⁰⁾.

La definición contenida en el artículo 140 del Código Civil peruano, según la cual el “acto jurídico” es aquella “manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas” es nada menos que la definición de negocio jurídico dada por Savigny.

En su exposición, Savigny trató fundamentalmente el estudio de la voluntad en el negocio jurídico, puso a la voluntad en un papel de preponderancia

(110) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Los efectos de la oferta contractual”. En: *Ius et veritas*. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 15, Lima, 1995, p. 191.

total, llegando a tomar como sinónimos declaración de voluntad y negocio jurídico. En efecto, este autor define al negocio como la manifestación de la capacidad natural de la persona para provocar cambios mediante actos de voluntad. El fenómeno negocial, sostiene Savigny, no solo constituye un acto libre, sino que es un acto donde la voluntad del autor está encaminada directamente a la constitución o disolución de una relación jurídica. Así, pues, se hace patente su pronunciada inclinación hacia el factor voluntad, lo cual explica que empleara casi exclusivamente el término “declaración de voluntad”, en lugar de usar “negocio jurídico”. De este modo, el concepto de este queda construido sobre la base conformada por la voluntad necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos⁽¹¹¹⁾.

Savigny precisa que el negocio jurídico será aquel acto libre donde la voluntad tiene por objeto inmediato la creación o extinción de una relación jurídica, aunque con ello se busque conseguir otros fines de carácter no jurídico. El famoso jurista ilustra esta última idea con su famoso ejemplo de la compra de una casa. El comprar una casa es un negocio jurídico, ya que –según Savigny– el comprador sabiendo lo que hace, da lugar a la constitución de una relación jurídica que le ha de generar derechos y obligaciones; sin que importe el fin extrajurídico para el que se adquiere (habitarla, arrendarla o revenderla). Esto no ocurriría, por ejemplo, cuando el cazador captura a su presa y se apropia de ella, ya que aquí no se toma en cuenta los efectos jurídicos de la caza o captura⁽¹¹²⁾.

Sin embargo, en pleno siglo XIX, la teoría de Savigny (conocida en Alemania como *Rechtsfolgentheorie*) fue objeto de una dura y razonada crítica por parte de Philipp Lotmar, la cual, hoy en día, es considerada suficiente para rebatir de forma contundente a tal teoría⁽¹¹³⁾.

En 1875, Lotmar, famoso profesor de la Universidad de Leipzig, cogió el ejemplo del cazador para presentar su crítica. Si el cazador al que se refiere Savigny es más jurista que cazador y va pensando en las consecuencias jurídicas de lo que hace, tendríamos sin lugar a dudas un negocio jurídico. En un negocio jurídico bilateral, en la misma consideración, podría darse el caso de que resultara negocio jurídico para una de las partes y no para la otra (según su respectiva creencia y voluntad). Entonces, Lotmar se pregunta: ¿Solo es negocio

(111) SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema del Derecho Romano actual*. Ob. cit., pp. 349-352.

(112) *Ibíd.*, p. 351.

(113) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

jurídico lo hecho, pensando con arreglo a la ciencia jurídica, en cuáles son sus efectos jurídicos? ¿Cómo es posible que se haga depender la condición jurídica de un acto de los conocimientos jurídicos de las partes?⁽¹¹⁴⁾

Actualmente, las concepciones sobre el negocio jurídico son fundamentalmente dos: la teoría normativa y la teoría preceptiva. Razones de carácter metodológico, sin embargo, hacen que rechacemos la primera teoría, misma que concibe al negocio jurídico como una auténtica norma jurídica, como cualquier otra que conforma la famosa “pirámide” de Hans Kelsen. Nosotros, por el contrario, consideramos que la teoría preceptiva del negocio jurídico es la más adecuada⁽¹¹⁵⁾.

La teoría preceptiva ha sido expuesta en nuestro medio, con particular rigor, por Lizardo Taboada.

Sobre la base de los postulados de Betti⁽¹¹⁶⁾, Taboada sostiene que el negocio jurídico es un supuesto de hecho, es decir, como una hipótesis prevista en abstracto por las normas jurídicas de una o más declaraciones de voluntad que, estando encaminadas a la consecución de finalidades prácticas socialmente dignas de tutela, producirán consecuencias jurídicas. Resultando, de este modo, que toda autorregulación de intereses privados que se encuentre orientada a la consecución de una finalidad socialmente razonable o digna, merece la calificación de negocio jurídico⁽¹¹⁷⁾.

Es importante destacar también que Taboada expresa que no debe olvidarse que, dentro de la propia lógica del negocio jurídico, este es completamente distinto al acto jurídico en sentido estricto. En efecto, cuando se trata de esta última figura el ordenamiento jurídico atribuye el efecto jurídico a la

(114) Ídem.

(115) Suscribimos totalmente estas líneas de otro autorizado autor nacional: “bajo mi convicción eminentemente preceptiva del negocio jurídico que reconoce en los particulares el poder de autorregulación de sus intereses, los cuales serán calificados como dignos de tutela por el ordenamiento jurídico bajo criterios de juridicidad que necesariamente tengan en cuenta el valor de utilidad social. Pero como bien se ha señalado en términos contemporáneos, la protección del ordenamiento jurídico no debe guiarse solamente bajo criterios de utilidad social, sino que, preceptivamente hablando, los criterios de juridicidad se entienden hoy ampliados hacia la protección de intereses socialmente razonables, permitiendo la tutela de negocios atípicos e innominados orientados a la consecución de intereses puramente privados” (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Prólogo. En: MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. cit., pp. 19 y 20).

(116) Cf. BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 43 y ss.

(117) Cf. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2002, pp. 24- 31 y 124.

simple manifestación de voluntad sin valorar en absoluto el propósito práctico del sujeto⁽¹¹⁸⁾.

En cambio, en el caso del negocio jurídico el derecho atribuye el efecto jurídico en concordancia con el propósito práctico de quien(es) lo celebra (n). En ese orden de ideas, Taboada agrega que el concepto de negocio jurídico es aplicable al Código Civil peruano, en la medida que el acto jurídico regulado en este cuerpo legal es nada más y nada menos que el negocio jurídico de la doctrina alemana⁽¹¹⁹⁾. Esta misma perspectiva ha sido manejada por Hugo Forno⁽¹²⁰⁾.

No son pocos los criterios de clasificación de los negocios jurídicos. Tales criterios, como es fácil advertir, sirven para proponer conceptos diferentes que el operador jurídico (llámese legislador, investigador, juez o abogado) usará para crear y aplicar las normas a los casos concretos.

Y es que, tal como ha sido certeramente destacado, el tema de la clasificación negocial, más allá del empleo de fórmulas abstractas y regodeos propios del nominalismo conceptual y terminológico, encuentra su justificación sistemática en la posibilidad, producto de la común pertenencia a principios que encuentran su razón en el propio sistema normativo, de reconducir los singulares supuestos de hecho negociales a categorías ordenantes de las cuales hacer derivar consecuencias útiles en términos de normativa aplicable⁽¹²¹⁾.

En lo que a nosotros concierne, debemos indicar que en función del número de partes intervinientes para la válida realización de negocios jurídicos, estos se clasifican en unilaterales, bilaterales y plurilaterales⁽¹²²⁾.

El concepto de “parte”, sin embargo, no se identifica con el de “sujeto” o “persona”. Así es, tal como lo ha resaltado un autorizado autor nacional, la

(118) *Ibidem*, pp. 17 y 18.

(119) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “La causa del negocio jurídico”. En: *El Jurista*. Año 1, N° 1, Lima, 1991, p. 147.

(120) FORNO FLÓREZ, Hugo. “Acerca de la noción de contrato”. En: *Gaceta Jurídica*. T. 74-B, WG Editor, Lima, 2000, p. 14.

(121) GABRIELLI, Enrico. “Il contratto e le sue classificazioni”. En: AAVV. *I Contratti in Generale*. T. I. A cura di Enrico Gabrielli. Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1999, p. 33.

(122) Cf. BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 256 y ss.

doctrina actual no vacila en afirmar que no pueden identificarse los conceptos de persona y parte⁽¹²³⁾.

De este modo, siguiendo a Francesco Messineo, se afirma que la primera categoría se refiere a un ser o entidad dotada de derechos y obligaciones (no-sotros diremos situaciones jurídicas subjetivas), aunque no posea existencia individual, se requiere que tenga personalidad propia, es decir, la aptitud para ser sujeto de derecho. En lo que al concepto de parte se refiere, por el contrario, la tendencia moderna prescinde de los sujetos y se refiere, más bien, a lo que se denomina “centro de interés”. En tal sentido, la parte es el “centro” en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del negocio⁽¹²⁴⁾.

Según esta tendencia, si bien usualmente coinciden el concepto de sujeto y el concepto de parte, porque en la gran mayoría de los negocios cada parte está formada por un solo sujeto (en un contrato, el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés (la parte vendedora es un conjunto de condóminos o lo es la parte compradora) y, en tal caso, la parte contractual (quien vende o quien compra) es el centro de interés que agrupa a los sujetos⁽¹²⁵⁾.

En tal sentido, Messineo afirma que en contraposición de lo que puede llamarse parte simple (conformada por un solo sujeto), puede existir una parte compleja, en cuanto consta de dos o más sujetos, manteniéndose único el “centro de interés”. Es decir, tan único es el “centro de interés” cuando interviene un solo sujeto con su propio interés, como cuando intervienen varios sujetos, unidos por un solo interés⁽¹²⁶⁾.

Sin embargo, debemos tener presente que un abstracto “centro de interés”, al carecer de personalidad propia, no puede ser titular de situaciones jurídicas subjetivas creadas por el negocio, por lo tanto, no podría ser parte⁽¹²⁷⁾. En consideración a esta atingencia, entonces, debería entenderse que “centro de

(123) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. T. I, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 56.

(124) Ídem.

(125) Ídem.

(126) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. I. Traducción española de Santiago Sentis Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 100.

(127) La atinada observación es de BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 54 y 55.

interés” no hace directa referencia a la parte en un negocio jurídico, sino que los sujetos unidos por el mismo interés son quienes constituyen la parte única, de tal manera que la titularidad negocial es asumida por los sujetos que forman la parte, y son ellos los titulares de las situaciones jurídicas subjetivas emergentes del negocio⁽¹²⁸⁾.

Así, si para que el negocio jurídico sea realizado válidamente es necesaria tan solo una parte, el negocio será unilateral. En cambio, si para el mismo fin se hace precisa la intervención de más de una parte, el negocio será plurilateral⁽¹²⁹⁾.

El negocio jurídico de apoderamiento es aquel negocio por medio del cual se establece que un sujeto será titular de un poder de representación, es el negocio por el cual se otorga o se confiere dicho poder. Si se quiere ser fiel a la terminología empleada por Código Civil, diremos que el apoderamiento es el acto jurídico a través del cual se otorga la facultad de representación. La parte que realiza el negocio es el representado, quien(es) recibe(n) el poder de representación es el representante(s), de modo que los efectos jurídicos del obrar de este, siempre y cuando se respeten los límites del poder, recaerán directamente en la esfera jurídica de aquel⁽¹³⁰⁾.

De acuerdo con la segunda parte del artículo 145 del Código Civil, el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral. En efecto, al señalar tal norma que la facultad de representación la confiere el interesado, se entiende que para la realización de un apoderamiento válido, basta la sola intervención del interesado o principal.

Bastante elocuente resulta Flume cuando señala que “el negocio jurídico de apoderamiento tiene por contenido que el poderdante otorgue poder de representación al que ha de ser apoderado. La declaración es un negocio jurídico unilateral. Está dirigida a la creación de una relación jurídica. La relación jurídica que se crea mediante la declaración es el poder de representación”⁽¹³¹⁾.

(128) Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 57.

(129) BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 257 y 258.

(130) Cf. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 271; DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., 133; en torno a este punto la doctrina nacional se muestra pacífica: Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni. "Comentario al artículo 145". En: *Código Civil comentado*. Ob. cit. p. 642.

(131) FLUME, Werner. Ob. cit., p. 957.

Sobre tal declaración, una autorizada doctrina, en opinión que suscribimos plenamente, señala: “constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que ha de recibir el mismo en nuestro nombre (esto es, la denominada **representación pasiva**), deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros, mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio”⁽¹³²⁾.

Sin embargo, no siempre se entendió que el apoderamiento era un negocio jurídico unilateral. Por ejemplo, a pesar de su gran contribución al diferenciar la relación subyacente del poder de representación, Paul Laband entendía que el apoderamiento era un contrato. Veamos:

a) ¿Es unilateral del negocio de apoderamiento? ¿Por qué?

Cuando en la doctrina imperaba la confusión entre poder y relación subyacente, cuando no se distinguía entre representación y mandato, naturalmente se entendía que era necesaria siempre la aceptación del apoderado, haciendo del mandato un “contrato de apoderamiento”. Autores como Albert Ladenburg, Josef Krainz y Raban Canstein hablaban de la “concesión contractual del derecho de representación”⁽¹³³⁾.

Es más, a pesar de haber superado dicha confusión, Paul Laband seguía considerando al apoderamiento como un contrato. Lo define como un contrato consensual por el cual se obligan recíprocamente los contratantes a que los negocios jurídicos que uno de ellos (el apoderado) celebre a nombre del otro (el poderdante) sean considerados, en cuanto a sus efectos, como si los hubiera celebrado este último. La característica particular de este contrato consiste, según este autor, en que produce efectos no solo entre las partes, sino también frente a terceros. Ello no se opone –continúa Laband– a los principios del Derecho Romano sino que, por el contrario, está en armonía con los principios relativos a las **acciones adjecticias** y las **acciones útiles**, que precisamente conceden efectos jurídicos contra terceros a la relación interna de gestión⁽¹³⁴⁾.

Pero tal perspectiva resulta poco satisfactoria. Con ella se atribuye a las partes una voluntad de obligarse que no tienen ni pueden tener nunca en realidad. Porque una persona puede obligarse a realizar un negocio jurídico a

(132) ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., p. 531.

(133) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 87.

(134) *Ibidem*, p. 88.

nombre de otra, pero jamás puede ser objeto de obligación para las partes el que ese negocio tendrá en la realidad los efectos jurídicos pretendidos. Las obligaciones pueden tener por objeto prestaciones solamente, pero la eficacia jurídica de un acto no constituye una prestación contractual, sino un resultado que solo puede proporcionar el ordenamiento jurídico⁽¹³⁵⁾.

Para las postrimerías del siglo XIX, en Alemania la opinión dominante ya sostenía que el otorgamiento de poder constituía un negocio jurídico unilateral que deriva toda su fuerza de la declaración de voluntad del principal, y que para la consecución de los efectos que le son característicos no se necesita la aceptación por parte del apoderado⁽¹³⁶⁾.

Empero, una pregunta surge de inmediato: ¿qué justifica que el apoderamiento sea un negocio de carácter unilateral?

Al respecto, Ferdinand Regelsberger opinaba que si se decía que el negocio de apoderamiento era un contrato, debería llegarse a la conclusión de que la ratificación también debería llevar consigo la intervención del apoderado, mas ello no ocurre puesto que la ratificación es unilateral⁽¹³⁷⁾.

Por su parte, el ya mencionado Hellmann sostenía que otorgar al apoderamiento carácter contractual implicaría negar las fuentes romanas-y por ende al Derecho común vigente en Alemania en aquel entonces-, ya que estas concedían carácter unilateral a figuras semejantes al apoderamiento, como el *ius-sus* o la *praepositio*⁽¹³⁸⁾.

Mitteis pensaba que la unilateralidad del apoderamiento se explica en base a que el apoderado, al momento de actuar como tal, tiene conciencia de ser ya apoderado, y para esto no resulta necesaria aceptación de su parte. Agrega este autor que el carácter unilateral del negocio de apoderamiento se confirma por el hecho de que el mismo no puede ser una oferta que requiera la aceptación del apoderado, toda vez que al morir el poderdante, subsiste el poder a favor del tercero de buena fe. Y es que la oferta (con arreglo al derecho común) se extingue necesariamente por la muerte del oferente⁽¹³⁹⁾.

(135) Ídem.

(136) Ibídem, p. 89.

(137) Ídem.

(138) Ídem.

(139) Ibídem, p. 90.

Ahora bien, quienes conformaban la corriente de opinión minoritaria, o sea la que veía al apoderamiento como un contrato, criticaron sólidamente a Regelsberger. Así, autores como Ruhstrat y Wächter afirmaban que Regelsberger incurría en error, habida cuenta que la corriente minoritaria no concebía a la ratificación como un acto bilateral. En efecto, al ser la declaración de apoderamiento una oferta que requiere la aceptación expresa o tácita por parte del apoderado, la ratificación no es otra cosa que la aceptación de una oferta constituida por el negocio que celebre el apoderado con el tercero⁽¹⁴⁰⁾.

Las otras explicaciones, como bien ha destacado Hupka, tampoco resultan satisfactorias. Así, Hellmann no hace otra cosa que trasladar el problema. Habría que preguntarse, obviamente, por qué los actos referidos por este autor son considerados unilaterales en el ordenamiento romano. Asimismo, Mitteis no toma en cuenta que también el mandatario, que ha de ejecutar directamente su mandato, tiene ya en el momento de actuar conciencia de estar encargado de aquello, y sin embargo ello no significa que el mandato sea un negocio unilateral; también se puede afirmar, en contra de Mitteis, que aquellos que consideran al apoderamiento como un contrato, pueden perfectamente postular y justificar, alegando el especial contenido del “contrato de apoderamiento” que afecta directamente a los intereses de terceros, aquella protección otorgada al tercero de buena fe⁽¹⁴¹⁾.

La justificación que se postula en la moderna doctrina, tiene sus antecedentes directos en la postura de Karlowa, quien hacía observar acertadamente que solo de la voluntad del poderdante debe depender el que un negocio, que haya de constituirse en su nombre, le obligue o no personalmente. Al conceder el apoderamiento al representante la facultad de disponer sobre la esfera jurídica del representado y a nombre de este, afecta única y simplemente al interés del poderdante⁽¹⁴²⁾.

Actualmente, ¿cómo se explica que unilateralmente se modifique la esfera jurídica del que será el representante, sin su consentimiento? ¿No se afecta, acaso, la autonomía privada del que será representante? Veamos:

Podemos entender la autonomía privada –grosso modo– como el poder que tienen los individuos para regular por sí mismos sus intereses y por lo

(140) *Ibidem*, p. 89.

(141) *Ibidem*, pp. 89 y 90.

(142) *Ibidem*, p. 91.

tanto, para disponer de su propia esfera jurídica⁽¹⁴³⁾. Como corolario de esto, es posible afirmar que no es posible inmiscuirse en la esfera jurídica ajena sin la autorización debida.

Sin embargo, existen casos en los cuales los actos de autonomía producen efectos en esferas jurídicas distintas a las de quienes realizan dichos actos (o sea, de terceros), pero estos únicamente son supuestos excepcionales, en los que los efectos son solo beneficiosos para el tercero, y que se admiten sobre la base de una concepción más evolucionada de la autonomía privada, que ve en esta autonomía no solo un mecanismo que posibilita la autorregulación de intereses privados sino además lo concibe como un instrumento de colaboración social. Pero estos tipos de actos tienen esquemas específicos que son fijados por ley, de los cuales no pueden salirse los particulares –*númerus clausus*–. Así, por ejemplo, piénsese en el contrato a favor de tercero.

Resulta pues que lo principal en estos actos, con respecto a los terceros, es que los efectos les son siempre de carácter beneficioso, pero aun así pueden rechazarlos si no están dispuestos a tolerarlos en su esfera jurídica⁽¹⁴⁴⁾.

Uno de esos supuestos de excepción es el negocio de apoderamiento, ya que los efectos sobre el que será representante son beneficiosos, porque consisten en “facultades” (o legitimación si se quiere) a su favor, para que los efectos de su obrar recaigan en la esfera jurídica del representado. Sin embargo, si el representante no está dispuesto a tolerar dichos efectos en su esfera jurídica, es plenamente libre de poder rechazarlos de inmediato, o posteriormente cuando lo crea conveniente (en este último supuesto, debe someterse a lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil).

b) ¿Tiene razón la doctrina dominante en nuestro medio al afirmar que el negocio de apoderamiento es recepticio, teniendo como destinatario al representante?

Otra cuestión importante es la relativa a quién es el destinatario de la declaración contenida en el apoderamiento. En lo que a nuestro Código Civil se refiere, los artículos 151 y 152 nos dan algunas luces: el primero dispone

(143) Así: BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 31; SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 15 y ss; GALGANO, Francesco. Ob. cit., p. 65 y ss; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., T. II. p. 3 y ss; las citas serían innumerables.

(144) Ver las ilustrativas líneas de FORNO FLÓREZ, Hugo. “Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno”. En: *Advocatus*. Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Año III, 4ta entrega. Lima, 1992, p. 42.

que la designación de un nuevo representante produce efecto desde que se le comunica al primer representante, el segundo establece que la revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.

Este material normativo lo analizaremos a la luz de lo que Scognamiglio denomina “criterio de la economía de los medios jurídicos”, según el cual un acto jurídico es de la misma naturaleza que otro si este resulta diferenciarse de aquel solamente por el “signo”. La mera diferencia de signo no tiene mayor relevancia dentro de la esencia de la estructura del acto, por lo que si el análisis se centra solo dentro de tal esencia, se tendrá que cada acto es de la misma naturaleza que su acto contrario⁽¹⁴⁵⁾.

En ese orden de ideas, el apoderamiento tiene como acto contrario a la revocación del poder, motivo por el cual a ambos actos deberían serle aplicables, dentro de lo permisible, las mismas normas jurídicas. En consecuencia, el régimen adoptado sobre la comunicación de la revocación debe serle el aplicable al apoderamiento. Una aplicación por analogía también avalaría esta conclusión.

En atención a lo anterior, podría plantearse que, según nuestro Código Civil, el destinatario del apoderamiento es el representante, ya que el artículo 151 dispone que la revocación –tácita– será eficaz desde el momento en que se le comunique al “revocado”. Esta perspectiva, sin embargo, resulta sesgada.

En efecto, el artículo 152 usa el término “también”, el cual solo hace sentido si se considera al artículo 152 como una continuación del 151. Entonces, puede decirse, sin el más mínimo temor, que la comunicación al “revocado” es tan importante como la comunicación a cuantos tengan interés en el negocio representativo. Y es que el nexo establecido por el término “también”, hace que la revocación del artículo 151 sea exactamente la misma a la que alude el artículo 152. Por lo tanto, empleando el criterio de la economía de los medios jurídicos, el apoderamiento deberá ser comunicado tanto al apoderado como a cuantos tengan interés en el negocio representativo. Hablamos de deber, puesto que así lo expresa el artículo 152.

Sin embargo, el propio artículo 152 atempera dicho deber, puesto que dispone que aunque no se haya este cumplido, la revocación puede ser opuesta a

(145) SCOGNAMIGLIO, Renato. “Dei contratti in generale”. En: *Commentario al Codice Civile*, a cura de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, p. 124.

un sujeto, si se demuestra que este tuvo conocimiento de la revocación. Entonces, la consecuencia no puede ser otra, la revocación-tácita- puede ser opuesta al “revocado” aunque no se le haya comunicado, siempre y cuando se logre demostrar que conoció la revocación o la pudo conocer. A mayor abundamiento, esto no choca con la última parte del artículo 151, que bien puede ser interpretado de tal manera que se entienda que la revocación puede ser opuesta al revocado solo si este la conoció.

Así, la última parte del artículo 152 condiciona la primera parte del artículo 151, de modo que si la revocación no se comunica al representante “revocado”, ello no significa de ninguna manera que la revocación –tácita- no tenga efecto jurídico alguno, sino que simplemente no podrá ser opuesta al “revocado”.

Ello debe ser así, ya que de lo contrario se admitirían consecuencias prácticas indeseables. En efecto, piénsese en un poderdante que pierde la confianza en su apoderado y nombra a otro sin comunicárselo al primero, luego el segundo apoderado celebra un negocio representativo con un tercero. Si se piensa que la revocación no surte ningún efecto jurídico hasta que el “revocado” la conozca, el negocio representativo podría ser cuestionado, ya que si el segundo apoderamiento importa la revocación y esta es ineficaz, pues no faltarían quienes deseen impugnar el segundo apoderamiento. Para salvar el negocio representativo tendría que caerse en un conceptualismo engorroso, diferenciando el apoderamiento de la revocación donde solo hay apoderamiento.

Asimismo, piénsese en el caso de un comerciante que contrata con sus varios clientes –no muy leales- por medio de un representante. Debido a que este viene celebrando contratos en condiciones desventajosas, el comerciante decide nombrar un segundo representante, lo cual pone en conocimiento de todos sus clientes (a través del correo electrónico, por ejemplo), pero no lo comunica al primer representante, por considerarlo innecesario. Ahora bien, si se considera que la revocación no tiene ningún efecto hasta que sea comunicada al representante “revocado”, todos los clientes podrían seguir celebrando contratos –desventajosos para el comerciante- con el primer representante, puesto que el mismo aún ostentaría poder de representación.

En un caso diferente, un comerciante no muy leal con sus clientes, decide nombrar un nuevo representante, lo cual comunica al primer representante, pero no a sus clientes. Sin embargo, el primer representante –en contubernio con el representado- sigue celebrando contratos con los clientes. Si se

entiende que la revocación es perfectamente eficaz desde el momento en que es comunicada al “revocado”, el representado tendría “carta blanca” para desentenderse de todos los contratos celebrados por el primer representante, alegando simplemente que este ya no era tal en virtud de la revocación.

Sin embargo, lo descrito en los dos casos anteriores no ocurre en virtud de lo dispuesto por el artículo 152 del Código Civil. Por esto, insistimos, pensamos que cuando el artículo 151 dispone que la revocación “produce efecto desde que se le comunica al primer representante”, debe entenderse que esta eficacia solo es respecto al primer representante, y que la comunicación debe entenderse en sentido lato, de modo que no interese el modo de conocimiento.

Por ende, debe concluirse que la revocación puede producir sus efectos frente a terceros o frente al representante “revocado” aunque el representado no se las haya comunicado, siempre y cuando el representante o los terceros se hayan encontrado en la posibilidad de conocerla, o la hayan conocido por otro medio.

En nuestro concepto, la opinión que considera que el apoderamiento tiene como destinatario al representante, solo podría encontrar soporte en el Código Civil aplicando el “criterio de la economía de los medios jurídicos” a su artículo 151. Pero, como acabamos de ver, ello resulta insuficiente. La revocación, aunque no comunicada al representante revocado, puede surtir sus efectos plenamente frente a terceros que la conocieron. De igual modo, la revocación puede surtir plenamente sus efectos frente al representante “revocado”, aunque los terceros la ignorasen. Por consiguiente, en aplicación del “criterio de la economía de los medios jurídicos”, lo mismo debe decirse del apoderamiento.

Asimismo, el Código Civil, en virtud de lo estipulado por los ya mencionados artículos 151 y 152, busca que todos los interesados tomen conocimiento del poder, mas ello, obviamente, no siempre será posible, puesto que en muchos casos el poderdante no podrá determinar quienes son todos aquellos que podrían tener un interés involucrado en el negocio representativo a celebrar. Por ello, ensayamos una interpretación restrictiva, de modo que la norma impone el deber al representado de comunicar el apoderamiento a todos aquellos interesados que él pudiese identificar. Pensamos que lo más importante, al final del día, es que, según nuestro Código, si se quiere oponer el apoderamiento a alguien en especial, se deberá probar que conoció tal negocio.

Ahora bien, debemos admitir que la doctrina se encuentra dividida, dado que el Código Civil español, el *codice* y el BGB (al igual que nuestro Código) no resuelven el problema de modo expreso, no es difícil encontrar doctrina española, italiana y alemana a favor de una u otra posición⁽¹⁴⁶⁾. Sin embargo, pensamos que la opinión según la cual el apoderamiento, para su perfecto funcionamiento, requiere ser conocido por el representante, demuestra su debilidad en la práctica. En suma, si se considera que el apoderamiento tiene como destinatario natural al representante, ello ocasiona efectos prácticos indeseables, como veremos a continuación. Por si esto fuera poco, la opinión criticada, bien vistas las cosas, coincide en el fondo con la teoría que ve en el apoderamiento a un contrato.

Los autores que sostenían que el apoderamiento era un contrato, naturalmente, entendían que el destinatario natural del apoderamiento no era otro más que el representante⁽¹⁴⁷⁾.

Una vez superada esta perspectiva, dentro de la corriente dominante los autores polemizaban en torno a quién era el destinatario del apoderamiento, si el apoderado o el tercero con quien se celebraría el negocio representativo. Pero aquí hubo una preocupación fundamental: no aproximarse a la teoría que entendía al poder como contrato. Si ello ocurría, si la explicación resultaba poco clara o confusa, se destruiría lo que hoy es una pieza fundamental dentro de la teoría de la representación.

Así, Zimmermann y Mitteis, entendiendo al apoderamiento como un acto unilateral, sostenían que el destinatario del apoderamiento no era otro más que el representante. Ellos se preocuparon por marcar bien las diferencias de su tesis con la teoría que veía en el apoderamiento a un contrato. Aceptaban que en el hecho de considerar al representante como el destinatario del apoderamiento, había ya un punto de intersección con la teoría contractual del poder. Sin embargo, indicaban que, con arreglo a esta última teoría, sería necesario para la perfección del contrato de apoderamiento que el principal tuviera conocimiento de la aceptación del representante, mientras que, con arreglo a su propia doctrina, ese conocimiento era innecesario⁽¹⁴⁸⁾. Como se podrá advertir, en consideración a nuestro artículo 1373 del Código Civil, este planteamiento también se cumpliría en nuestro ordenamiento.

(146) Resalta esta situación MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 167; también DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 135.

(147) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 91.

(148) Ídem.

Sobre tal base, Zimmermann afirmaba que el apoderado era el destinatario del apoderamiento, puesto que de lo contrario, no le sería posible al apoderado actuar en atención al poder, que es lo que precisamente ocurre en la realidad de los hechos. Si el apoderado actúa sin saber nada del poder, no se podría decir que actuó bajo lo señalado por el poderdante⁽¹⁴⁹⁾.

Mitteis sostenía que el negocio representativo podría producir efectos para el principal, solo si la voluntad del representante se dirige expresamente hacia ello. Pero esto puede ocurrir solamente cuando el representante actúa con relación a un apoderamiento que le ha sido conferido. Cuando, por el contrario, no tiene noticia del poder, no persigue la eficacia inmediata del negocio representativo, sino que su voluntad es reservar todavía al *dominus* la deliberación acerca del mismo. Concluye Mitteis subrayando que iría contra el interés del *dominus* pretender sujetarle a la decisión del representante, siendo así que el propio representante no atribuye todavía a esa decisión fuerza obligatoria⁽¹⁵⁰⁾.

La propia base de estos planteamientos fue certeramente criticada. Una diferencia sustancial entre estas posturas y la teoría contractual del poder, en realidad, no existía. Así es, tomando en cuenta que hasta los más enconados defensores de la *Vernehmungstheorie*⁽¹⁵¹⁾, exigen el conocimiento de la aceptación por parte del oferente solamente tratándose de declaraciones que requieren aceptación, pero no en el caso de una aceptación manifestada por hechos: cuando con arreglo a la intención del oferente, la proposición ha de aceptarse directamente ejecutándola, el contrato se perfecciona en el momento de la ejecución, sin que para ello sea necesario que el oferente tenga conocimiento de esa ejecución⁽¹⁵²⁾. Esto también es aplicable al ordenamiento peruano, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1380 del Código Civil. Se aprecia, entonces, como la diferencia de la que hablaban Zimmermann y Mitteis, quedaba desvanecida.

A Zimmermann se le ha objetado el hecho de que el apoderado obre en atención al poder no prueba que necesariamente el apoderamiento tenga como

(149) *Ibidem*, p. 92.

(150) MOSCO, Luigi. *Ob. cit.*, p. 168; HUPKA, Josef. *Ob. cit.*, p. 93.

(151) Teoría del conocimiento en la formación de los contratos, de acuerdo con la cual este queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

(152) HUPKA, Josef. *Ob. cit.*, p. 91.

destinatario al representante. Ello es exacto, pero no tiene más que una significación descriptiva, no dispositiva⁽¹⁵³⁾.

De otro lado, puede afirmarse que los argumentos de Mitteis no son sólidos. Así es, en primer lugar no hay duda de que la voluntad de una parte de dar eficacia al negocio a partir de un momento posterior, solo puede lograr éxito haciéndolo constar así en el negocio. Semejante manifestación de voluntad no existe cuando el representante concluye el negocio sin dar detalles sobre su poder. Pero incluso en el caso de que el representante indique su (presunta) carencia de poder, y se reserve por tanto la ratificación del negocio por parte del principal, tampoco manifiesta la **voluntad** de que los efectos del negocio hayan de darse más tarde, sino que no hace más que **hacer constar** el hecho de que tales efectos –a causa de la (presunta) falta de poder– no **pueden** darse todavía⁽¹⁵⁴⁾.

Ahora bien, debe advertirse que en el caso que el poder falte en realidad, la suspensión de los efectos del negocio representativo no es consecuencia de que así lo quiera uno de sus celebrantes, sino consecuencia forzosa –independiente por completo de la voluntad de las partes– de la falta de poder. Por ello, como magistralmente observa Hupka, cuando el poder existe realmente, los efectos del negocio tienen que producirse inmediatamente, y en nada puede modificar ese resultado la convicción equivocada del representante de que carece de poder⁽¹⁵⁵⁾.

Llama poderosamente la atención como Hupka se vale de la premisa de su maestro para rebatirle brillantemente y desarrollar su propio planteamiento.

Por lo que se refiere a la objeción de que, mediante la eficacia inmediata del negocio representativo, se lesiona el interés del *dominus*, no es posible imaginar caso alguno en que el principal pueda tener un interés digno de protección en que el negocio que él mismo ya ha aprobado por anticipado, mediante su declaración de apoderamiento, y que, de ese modo, ha vinculado ya su voluntad, haya de depender todavía de su resolución ulterior.

Por otra parte, la corriente doctrinal que considera que el apoderamiento no tiene como destinatario al representante ha encontrado en Otto Lenel a uno de sus más ilustres defensores. Recordando la preocupación ya señalada, este

(153) *Ibidem*, p. 92.

(154) *Ibidem*, p. 93.

(155) *Ibidem*, p. 94.

autor sostenía firmemente que si la aceptación del representante no interesa al ser el apoderamiento un negocio unilateral, pues no se veía por qué razón era necesario su conocimiento. Si su conocimiento era necesario, ¿por qué no de una vez considerar necesaria su aceptación?⁽¹⁵⁶⁾.

Lenel parte de la consideración de que la declaración del poder es parte integrante de la declaración que sobre la base del apoderamiento habrá de formular el representante, y de ahí deduce la consecuencia de que el tercero es el único y verdadero destinatario de tal apoderamiento, siendo irrelevante para la eficacia del mismo que el representante tenga o no conocimiento de él⁽¹⁵⁷⁾.

Lenel admite que esta postura parece extraña a primera vista, “parece hallarse en contradicción con la experiencia diaria y con la terminología usual; es, en efecto, muy corriente decir que se ha otorgado un poder tan pronto como se ha puesto en manos del apoderado la escritura correspondiente. Pero el jurista no puede dejarse llevar de apariencias”⁽¹⁵⁸⁾.

Pero Lenel se cuida de que no le den de su “propia medicina”. Si el tercero es el destinatario, ello no quiere decir que el apoderamiento es un contrato entre el poderdante y el tercero. En efecto, el apoderamiento de por sí no genera relación jurídica alguna con el tercero, de modo que su aceptación es irrelevante, pero su conocimiento no, dado que en este se fundamenta la naturaleza de la función del poder. Así es, Lenel sostiene que el poder tiene como fin dar a conocer que el negocio que ha de celebrar el representante en nombre del representado –dentro de los límites del poder– lo celebra con consentimiento de este, debiendo, por tanto, tener eficacia en pro y en contra del representado. El verdadero interesado en saber esto es, evidentemente, el tercero que ha de tomar parte en el negocio, pues solo el conocimiento del poder le puede dar certeza sobre la persona contra la cual adquiere derechos, o a cuyo favor se obliga⁽¹⁵⁹⁾.

Adelantamos que esta es la tesis la compartimos, pero –como es fácil advertir– por fundamentos bien distintos.

(156) LENEL, Otto. “Mandato y poder”. Traducción española de Wenceslao Roces. En: *Revista de Derecho Privado*. T. XI. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1924, p. 371.

(157) *Ibidem*, p. 372.

(158) *Ibidem*, p. 371.

(159) *Ídem*.

Lo que Lenel y Hupka se han preocupado de resaltar también son las nocivas consecuencias prácticas de la doctrina que postula que el apoderamiento tiene como destinatario al representante. Los ejemplos que ellos proponen sí que son ilustrativos de la inconsistencia práctica de tal doctrina. Esto último ha sido resaltado mucho más recientemente por Bianca⁽¹⁶⁰⁾.

Supongamos que una amiga muy querida piensa mudarse del distrito de Comas a uno más cercano a su lugar de trabajo, suponiendo que este es Indecopi, en San Borja. Nosotros encontramos una habitación disponible y a un buen precio en Santa Catalina, lugar que –casualmente, por supuesto– se encuentra a no más de un par de kilómetros de nuestro departamento. Como ella se halla ausente por viajar a su natal Huánuco, se lo comunicamos por correo electrónico, rogándole nos conteste enseguida si debemos o no tomar la habitación. La contestación se retrasa, y, temiendo nosotros perder la “magnífica ocasión”, alquilamos la vivienda obrando como gestores, a reserva de la ratificación de nuestra amiga. Al volver a casa encontramos un fax con la autorización e inmediatamente se lo comunicamos al arrendador⁽¹⁶¹⁾.

No debe haber dudas de que en este caso, si el apoderamiento había llegado ya en el momento de contratar, el contrato de arrendamiento existía desde ese mismo momento, y, de no ser así, comenzaba a ser eficaz con la llegada del poder. Pero la solución es distinta con arreglo a la teoría que considera que el apoderamiento tiene como destinatario al representante. Habiendo nosotros contratado sin conocimiento alguno del poder, por lo cual, con arreglo a aquella teoría, el poder no era perfecto, era necesaria todavía para la consolidación del arrendamiento una ratificación ulterior por parte de nuestra amiga, y quedaba ella en libertad también de negar la ratificación, o sea, de revocar, incluso después de concluido el negocio representativo, el poder otorgado por ella.

Menos satisfactoria todavía se muestra esta opinión en el caso en que el poder haya sido declarado al tercero, y el representante, a pesar de desconocer ese poder, obre como apoderado.

Invirtiendo los papeles del ejemplo anterior, tiempo después de la mudanza, encontrándonos de viaje, recibimos un correo electrónico de nuestra amiga, en el que nos comunica que un espléndido departamento, frente al

(160) BIANCA, Massimo. Ob. cit., pp. 84 y 85.

(161) Ejemplo basado en el propuesto en: HUPKA, Josef. Ob. cit., pp. 94 y 95.

suyo, va ser objeto de subasta y que ella intentará adquirirlo a nombre de nosotros. Después de pensarlo algunos segundos, nos mostramos conformes y, habiendo tenido desperfectos con nuestra conexión a la red, nos comunicamos directamente con los propietarios haciéndoles saber que concedemos poderes a nuestra amiga para que tome parte en la subasta. Luego de una larga “puja”, ella se adjudica el departamento, aunque nada sabe del otorgamiento del poder, porque el vendedor, que da por evidente que lo conoce, nada le comunica tampoco⁽¹⁶²⁾.

Para la opinión criticada no habría aquí un negocio representativo eficaz desde el primer momento; por el contrario, la eficacia del contrato dependería todavía de una ratificación ulterior de nuestra parte. Por tanto, sería, como en el caso anterior, del arbitrio del poderdante faltar a su palabra y negar la ratificación. Si el vendedor, fundado en la declaración de apoderamiento, nos demandara a fin de que paguemos el precio, podríamos oponer con éxito el hecho de que el poder no había sido perfecto a causa de su desconocimiento por parte de la representante, y que, por consiguiente, el negocio se había celebrado sin poder válido.

En dicho contexto, al vendedor no le quedaría otro camino que volverse contra nuestra amiga, y esta, a pesar de la declaración de apoderamiento, tendría que responder ante el tercero como *falsus procurator*.

Por otro lado, adviértase que el vendedor, si tenía noticia posteriormente de la “falta de poder”, podría también, exactamente lo mismo que la otra parte, rescindir el contrato mientras esta otra parte no lo hubiera ratificado.

Lo dicho nos parece más que suficiente para hacer notar las graves consecuencias prácticas de aquella opinión según la cual el apoderamiento es un acto recepticio cuyo destinatario es el apoderado. Esta es la misma opinión que sigue la moderna doctrina alemana.

En efecto, Larenz sostiene que no es imprescindible que el representante tome conocimiento del apoderamiento, puesto que, por ejemplo, un poder comunicado solo a los terceros basta para que el mismo funcione perfectamente⁽¹⁶³⁾.

(162) Este ejemplo se basa en el propuesto por Lenel (ver HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 95).

(163) LARENZ, Karl. Ob. cit., pp. 803 y 804.

Del mismo modo Flume, cuando afirma que un poder es válido y eficaz aún cuando solo ha sido dado a conocer a los terceros⁽¹⁶⁴⁾.

Como corolario de lo anterior, nuevamente bajo el auspicio de la doctrina de los maestros León⁽¹⁶⁵⁾ y Hupka, sostenemos que el apoderamiento no tiene como destinatario natural al representante, de modo que el poder despliega todos sus efectos aunque al representante no le haya sido comunicado, toda vez que el conocimiento de este solo tiene importancia si se le quiere oponer el poder a él mismo. Esta misma idea la compartía el recordado investigador sanmarquino José Iturriaga⁽¹⁶⁶⁾.

Siendo ello así, mantenemos una opinión bien diferente a la de prácticamente toda la doctrina nacional actual. En efecto, Vidal⁽¹⁶⁷⁾, Priori⁽¹⁶⁸⁾, Lohmann⁽¹⁶⁹⁾, Torres⁽¹⁷⁰⁾, Romero⁽¹⁷¹⁾ y, más recientemente, Rómulo Morales⁽¹⁷²⁾ sostienen que el apoderamiento está constituido por una declaración recepticia cuyo destinatario natural es el representante, de modo que el apoderamiento es ineficaz si el apoderado no lo conoce, o si no se encuentra en la posibilidad de conocerlo.

Los autores nacionales mencionados, salvo Priori, no dan muchos detalles sobre su posición. Si bien dan cuenta de la disparidad de opiniones que existe en la doctrina, solamente declaran su adhesión por la postura que entiende que el apoderado es el destinatario del apoderamiento⁽¹⁷³⁾.

Priori sostiene que el destinatario del poder debe ser el representante, y no los terceros, pues el nacimiento de la situación jurídica se imputa en la esfera

(164) FLUME, Werner. Ob. cit., p. 957.

(165) LEÓN BARANDIARAN, José. Ob. cit., p. 95.

(166) ITURRIAGA ROMERO, José. *La representación voluntaria en el Derecho Privado*. Dirección de publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1974, p. 116.

(167) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 196.

(168) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentario al artículo 145*. Ob. cit. pp. 642 y 643.

(169) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. Ob. cit., p. 144 y 145.

(170) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., pp. 346 y 347. Después de aceptar que el destinatario de la declaración de apoderamiento es el apoderado, inexplicablemente Torres sostiene más adelante que el apoderamiento puede desplegar sus efectos aunque del mismo el apoderado no haya tomado conocimiento alguno. No comprendemos este razonamiento.

(171) ROMERO MONTES, Francisco. Ob. cit., pp. 114 y 115.

(172) MORALES HERVIAS, Rómulo. "La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 54. Año 7. Normas Legales, Lima, 2005, p. 61.

(173) Sin embargo, pareciera que los autores manejan una explicación semejante a la de Priori, ello lo deducimos de las pocas líneas que dedican al tema.

del representado, mas no en la de los terceros. Indica este autor que el representante, después de haber tomado conocimiento del poder, recién podría negociar o contratar con los terceros. Nos parece que esta idea de Priori es idéntica a la que planteó Zimmermann y, por tanto, se le pueden oponer las mismas objeciones.

Por nuestra parte, nosotros consideramos que los naturales destinatarios del apoderamiento son los terceros. Si bien es cierto que un poder puede ser otorgado y valer frente al representante, el mismo no cumplirá su función natural si el tercero jamás lo llega a conocer. Además, la exigencia de la *contemplatio domini* no hace más que demostrar que el tercero, frente al cual ha de actuar el representante, siempre debe tener conocimiento del otorgamiento del poder.

En Italia ha hecho fortuna esta opinión con base en lo dispuesto por el artículo 1393 del *Codice*, el cual indica que el tercero que se vincula con el representante siempre puede exigir que este justifique sus poderes.

Debemos indicar que cuando Lenel y Hupka pusieron de manifiesto los graves inconvenientes prácticos del planteamiento que concibe al apoderamiento como un negocio jurídico cuyo destinatario es el representante, ello tuvo acogida entre la mayor parte de los especialistas italianos de aquella época, entre ellos destacaban sin duda Angelo Nattini y Lorenzo Mossa, quienes sostenían firmemente que al ser prescindible la comunicación del apoderamiento al representante, debía concluirse que el verdadero destinatario del apoderamiento era el tercero frente a quien habría de actuar el apoderado, lo cual, a su vez, explica el hecho que el tercero pueda exigir siempre que el representante acredite su calidad de tal⁽¹⁷⁴⁾. Esta opinión no podía menos que influir sobre los redactores del *Codice* de 1942, a través de la consagración del mencionado artículo 1393.

Así, Betti⁽¹⁷⁵⁾, Stolfi⁽¹⁷⁶⁾ y Messineo⁽¹⁷⁷⁾ han sostenido que, en atención a lo estipulado por este artículo, debe entenderse que el apoderamiento consiste en una declaración unilateral recepticia destinada a ser conocida por la parte contraria.

(174) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 173 y CARIOTA FERRARA, Luigi. Ob. cit., p. 590.

(175) BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 506.

(176) STOLFI, Giuseppe. Ob. cit., p. 247.

(177) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 421.

Pero Luigi Cariota Ferrara fue un ilustre defensor de la tesis contraria. Para él, el artículo 1393 solamente tiene por objeto hacer posible que el tercero se asegure del poder del representante, pero en ningún momento tal artículo dispone que el apoderamiento deba necesariamente llegar al tercero⁽¹⁷⁸⁾. Esta opinión se desvirtúa si se tiene en cuenta que mucho menos base normativa existe para considerar que el destinatario del apoderamiento sea el representante. Si existe una norma directamente involucrada con la cuestión del destinatario del apoderamiento, esa no es otra que el mismo artículo 1393, de modo que si Cariota Ferrara achaca a nuestra posición el hecho de que la misma no se halle consagrada legalmente de modo expreso, lo mismo se le puede criticar a la suya.

Sin embargo, debe admitirse que Santoro Passarelli sí logró poner “en jaque” a la doctrina mayoritaria de su país, al sostener que el apoderamiento no tiene que ser comunicado necesariamente a los terceros, ya que esto resulta de una interpretación a contrario sensu del artículo de marras⁽¹⁷⁹⁾.

Empero, la tesis de este autor no tiene asidero en el Código Civil peruano, puesto que nuestro artículo 164, a diferencia del artículo 1393 italiano, dispone que el representante **siempre** debe indicar que actúa en calidad de tal, de modo que, al fin y al cabo, el representante tiene el deber de comunicar al tercero que se celebró un negocio de apoderamiento.

c) **¿El apoderamiento y el negocio representativo son independientes o forman un solo negocio jurídico complejo?**

Por otro lado, respecto a la relación existente entre el apoderamiento y el negocio representativo, nosotros nos adherimos a la opinión mayoritaria. De acuerdo con esta, el apoderamiento y el negocio jurídico celebrado por el representante son dos negocios independientes, tan es así que, como ya se dijo, el primero es obra del representado y el segundo es obra, exclusiva, del representante. Así, mientras el apoderamiento es un negocio unilateral, el negocio representativo puede ser bilateral o plurilateral.

Evidentemente, y también ya lo indicamos, lo anterior no implica postular que no exista ningún vínculo entre el apoderamiento y el negocio representativo. Díez-Picazo ha dicho que respecto a esta cuestión puede decirse que, en pura teoría, las posiciones son tres: i) dependencia entre el apoderamiento y el

(178) CARIOTA FERRARA, Luigi. ult. cit.

(179) SANTORO PASSARELLI, Francesco. Ob. cit., p. 349.

negocio representativo, ii) independencia con conexión y iii) independencia con desconexión. Esta última alternativa debe ser rechazada, ya que nunca nadie la ha sostenido⁽¹⁸⁰⁾.

Por tanto, las variantes se reducen a dos: a) la tesis de acuerdo con la cual el apoderamiento es solo un presupuesto de eficacia del negocio representativo, y b) la tesis que entiende que negocio de apoderamiento y negocio representativo son dos elementos constitutivos de un supuesto complejo, de formación sucesiva, que está formado por la integración de ambos negocios⁽¹⁸¹⁾. El defensor más connotado de esta última tesis es, sin lugar a dudas, Wolfram Müller-Freienfels.

En el año 1955, Müller-Freienfels, profesor de la Universidad de Tubinga, publicó el libro *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, que –desgraciadamente– no ha sido vertido a lengua romance alguna, pero cuyo planteamiento central alcanzó una fama que se ha expandido por Europa para luego cruzar el atlántico⁽¹⁸²⁾.

Este autor parte de la consideración de que, en rigor de verdad, la doctrina mayoritaria tropieza con una dificultad tradicional al momento de explicar el fenómeno de la representación dado que este parecería contradecir un postulado fundamental de la autonomía privada, según el cual el negocio es el acto mediante el cual el sujeto decide sobre su **propia** esfera jurídica. Esto justifica, a juicio de Müller-Freienfels, la necesidad de replantear la relación existente entre el apoderamiento y el negocio representativo.

Los primeros intentos de superación de esta dificultad, que datan del siglo XIX, no obstante haber fallado, debían ser tomados en cuenta si se quería alcanzar el éxito con un nuevo intento. Así, sobre la base de las ideas de Mitteis, Lenel y Heinrich Siber, Müller-Freienfels sostiene que el apoderamiento y el negocio representativo, juntos, constituyen un negocio jurídico unitario de tipo complejo. Para esto, él tiene como punto arranque el hecho que el poder es un elemento necesario del supuesto de hecho del negocio del representante

(180) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 263.

(181) Ídem.

(182) La tesis base contenida en *Die Vertretung* es citada por numerosos tratadistas italianos y españoles, y ha sido difundida en América gracias a otro trabajo del mismo autor: MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. “Law of Agency”. En: *The American Journal of Comparative Law*. Vol. VI. Spring. 1957, trabajo que tiene bien a la vista el principal estudioso latinoamericano del tema: Jorge BARREDA GRAF, en su libro *La representación voluntaria en el Derecho Privado*. Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F. 1967.

y no solo un requisito para su eficacia. La definición de la representación, adoptada por la doctrina dominante, como “acto realizado en nombre ajeno” deja fuera de consideración el necesario poder de representación.

En tal contexto, este autor entiende que el apoderamiento posee una doble función y una doble naturaleza. En efecto, por una parte, el apoderamiento es un negocio autónomo en la medida en que tiende al otorgamiento del poder. Pero en la medida en que tiende a la producción de los mismos efectos que el negocio representativo, el apoderamiento forma parte de este.

El propio Müller-Freienfelds califica a sus postulados de irrefutables en atención a dos fundamentos: i) la doctrina mayoritaria solo puede objetar la doble naturaleza del apoderamiento negándose a sí misma, toda vez que su principal precursor, Von Tuhr, ya la había advertido cuando señalaba que el apoderamiento puede considerarse como un elemento del *factum* de los negocios representativos⁽¹⁸³⁾, ii) en la realidad de los hechos puede observarse que el poderdante determina el contenido del negocio representativo, de modo que el representado ha querido así, al conferir el poder, el negocio en concreto tal como fue concluido de hecho más tarde por el representante. Para sustentar semejante afirmación, Müller-Freienfelds, basándose en el filósofo Edmund Husserl, plantea que se puede tener una representación indistinta del futuro, de la cual pueden ser objeto *acta* jurídicos que pueden ser también la meta de una voluntad que se apoyaría no sobre el conocimiento del caso particular, sino tan solo sobre determinadas condiciones generales.

Bajo tal orden de ideas, Müller-Freienfelds concluye que solo se puede captar a la representación como una manifestación de autonomía privada si se considera que el negocio representativo se forma por la unión de dos factores, que forman un supuesto complejo de formación sucesiva, que son el negocio de concesión del poder y el negocio representativo realizado utilizando el poder. En efecto, precisamente porque ambos negocios se funden en un supuesto complejo es por lo que es posible que ambos aparezcan como derivados de la libre voluntad del titular de los intereses reglamentados por el negocio representativo, cosa indispensable para que este sea un genuino acto de autonomía privada.

(183) VON TUHR, Andreas. Ob. cit., pp. 53 y 54.

Nosotros no compartimos la tesis de Müller-Freienfels, la cual nadie sigue en Italia ni en España. Es más, en Alemania solo consiguió la adhesión de Hermann Siebenhaar⁽¹⁸⁴⁾.

El mismo punto de partida de este autor resulta discutible, toda vez que si se tiene en cuenta que la posibilidad de actuar por sí respecto a los negocios jurídicos no está limitada por el hecho de haber otorgado a otro un poder de representación, y puesto que este se fundamenta precisamente en la voluntad del representado, debe concluirse que la institución de la representación no contradice el principio de autonomía privada, sino que, más bien, resulta ser una ampliación de sus posibilidades intrínsecas.

Asimismo, no se ve cómo un negocio como el de apoderamiento, pueda llegar a confundirse y mezclarse con uno de los múltiples y variadísimos negocios típicos o atípicos que el representante pueda celebrar.

El par de soportes que Müller-Freienfels considera irrefutables resultan, bien vistas las cosas, fácilmente rebatibles. Así es, el hecho de que Von Tuhr haya sugerido una naturaleza dual para el apoderamiento, no significa necesariamente que este y el negocio representativo conformen una sola estructura. Antes bien, debe darse la razón a Flume cuando señala que los problemas particulares que se suscitan respecto de la aplicación de las normas vigentes sobre el negocio jurídico a la relación entre el apoderamiento y el negocio representativo, no se pueden resolver a priori afirmando a rajatabla que el apoderamiento o es independiente del negocio representativo o es tan dependiente que forma parte de él. Más bien será necesario aclarar caso por caso, en cada cuestión singular, qué importancia hay que atribuir al especial factor de conexión entre apoderamiento y negocio representativo para aplicar las normas generales del negocio jurídico. De este modo, el apoderamiento es, al final del día y en contra de la opinión de Müller-Freienfels, un negocio jurídico independiente puesto que siempre ha de ir dirigido a la constitución del poder de representación sin la necesidad de la intervención de algún otro negocio. Por lo demás, esta era la genuina idea de Von Tuhr⁽¹⁸⁵⁾.

(184) Sobre la tesis de Müller-Freienfels y su refutación puede consultarse: FLUME, Werner. Ob. cit., pp. 880, 996 y 997; LARENZ, Karl. Ob. cit., pp. 759, 805 y 806; Bianca, Massimo. Ob. cit., p. 81; MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 156 y ss; DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 264; NIPPERDEY, Hans. En: ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., pp. 433 y 434. Modestia a parte, tal parece que nosotros somos los primeros a nivel local en dar cuenta de este planteamiento.

(185) VON TUHR, Andreas. ult. cit.

Respecto al otro soporte, la realidad de los hechos, en rigor verdad, no parece avalar a la tesis del profesor de Tubinga. En efecto, la cuestión sobre el “sí” o el “no” de la conclusión del negocio depende con mucha frecuencia de la decisión del representante. La experiencia también muestra que en la mayoría de los casos el poderdante confía al representante, dentro de determinados límites, la decisión no solo sobre el “sí” o el “no”, sino también sobre el contenido específico del negocio a concluir. En consecuencia, nuevamente en contra Müller-Freienfels, rara vez podrá decirse que el poderdante ha querido así, ya al otorgar el poder, el negocio en concreto tal como lo concluyó el representante.

Es fácil advertir, asimismo, que seguir a este autor necesariamente implica aceptar que el apoderamiento que otorga un poder general, tiene una voluntad orientada hacia todos los posibles negocios representativos, mismo que, por lo menos en el momento de conceder el poder, no son exactamente previsibles. Esta grave dificultad no se puede superar, como intenta Müller-Freienfels, invocando la concepción filosófica de Husserl en torno a la representación del futuro que pueden tener los hombres, ya que la aplicación de tal idea a la materia del negocio jurídico nos llevaría a admitir la posibilidad de negocios con contenido y efectos tan indeterminados que perturbarían de manera gravísima la certeza del derecho y la tutela de buena fe.

La teoría dominante considera que el apoderamiento es un presupuesto de eficacia del negocio representativo. Esta teoría tiene como principal precursor a Oertmann⁽¹⁸⁶⁾, quien –a propósito de un profundo estudio sobre la condición de derecho publicado en Leipzig en el año 1924– no escatimó esfuerzos para sostener que el poder es un presupuesto de eficacia del negocio representativo, antes que ser uno de sus elementos esenciales o constitutivos.

Oertmann parte de la consideración de que es posible separar en el negocio jurídico los elementos constitutivos o esenciales y los meros presupuestos de eficacia. El apoderamiento no es nunca parte constitutiva del negocio, sino más bien presupuesto de eficacia. Es la condición y el límite para que la voluntad del representante determine sus efectos en la esfera jurídica del representado. El negocio representativo es un negocio autónomo, que como tal despliega sus propios efectos.

(186) OERTMANN, Paul. Ob. cit., pp. 308 y 309. También puede consultarse: MOSCO, Luigi. Ob. cit., pp. 159 y 160; DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 264 y 265.

Nosotros pensamos que esta es la posición adoptada por el Código Civil peruano. Ello se advierte de una simple lectura de su artículo 161, el cual permite apreciar sin mayor inconveniente la relación existente entre el apoderamiento y el negocio representativo a nivel de nuestro ordenamiento. Efectivamente, si se celebra un negocio representativo sin que medie realmente un apoderamiento, tal negocio resulta, a pesar de ser válido y perfecto por no contener la declaración de voluntad vicio alguno, ineficaz respecto del representado, representante y, por supuesto, de los terceros; puesto que no puede generarse ninguna situación jurídica de desventaja frente al tercero. Consiguientemente, es posible afirmar que el apoderamiento, antes que formar parte del negocio representativo, resulta ser un presupuesto de eficacia de este. La doctrina patria también se muestra conforme con esta conclusión⁽¹⁸⁷⁾.

II. ¿QUÉ ES EL PODER DE REPRESENTACIÓN?

Allá por el año 2003, cuando llevaba el curso “Acto Jurídico” (al cual uno se debe matricular cuando inicia el segundo año de estudios de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), me asaltó una duda que ese año no pude absolver, al menos no de modo satisfactorio: ¿el representante, en su calidad de tal, titular de qué cosa es? En otras palabras, ¿qué es realmente eso que el representado otorga a un individuo a efectos de que este se convierta en su representante? ¿Qué recibe, pues, el apoderado para que los efectos de los negocios que celebre recaigan en la esfera jurídica del poderdante?

Desde el primer momento, uno aprende que aquello que se otorga al representante es lo que la doctrina denomina **poder de representación**. Sin embargo, es usual que no se explique con detalle en qué consiste tal poder. Además, si la doctrina utiliza el término poder, uno se confunde porque el Código Civil emplea una terminología diferente. Ciertamente, este cuerpo normativo no habla de **poder**, sino de **facultad** de representación. Entonces ¿poder y facultad son conceptos idénticos? De ser así, esa facultad que adquiere el representante debe ser semejante a la facultad que tienen los acreedores de exigir el cumplimiento de la obligación a sus deudores. Pero, en realidad, ¿es esto correcto?

(187) PRIORI POSADA, Giovanni. “Comentario al artículo 161 del Código Civil”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Ob. cit. pp. 701 y 702; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 224; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. Ob. cit., p. 164; TORREZ VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 371; ROMERO MONTES, Francisco. ult. cit.

El panorama se complica más cuando se revisa uno de los textos españoles que más recientemente se ha escrito sobre la materia, en donde se asegura que aquello que el representado confiere a su representante no es otra cosa que su propia capacidad de ejercicio⁽¹⁸⁸⁾. Pero, acaso, ¿la capacidad no es, más bien, un presupuesto para poder utilizar las “facultades” que el ordenamiento jurídico nos concede, de manera que aquel no puede ser confundido con estas de ningún modo?

Por si todo esto fuera poco, quien tenga la oportunidad de adentrarse en la historia del instituto de la representación, se topará con el planteamiento expuesto por un destacado jurista alemán, según el cual el poder de representación, en rigor de verdad, es un concepto insulso que no tiene cabida en la realidad jurídica, toda vez que el representante, como tal, no tiene más que una **calidad jurídica**⁽¹⁸⁹⁾.

En sede nacional se ha señalado, acertadamente, que el término **poder** se utiliza en dos sentidos: como negocio jurídico por medio del cual se otorga la facultad de representación (negocio de apoderamiento); y como la situación jurídica de la cual goza el representante⁽¹⁹⁰⁾.

Adviértase, pues, que una cosa es determinar cómo funciona el poder y otra muy distinta determinar en qué consiste el mismo, lo primero compete a la función del poder y lo segundo, en cambio, a su naturaleza jurídica. Un grupo importante de autores se centra en explicar cómo funciona el poder, dedicándole muy poco espacio a su naturaleza⁽¹⁹¹⁾.

Y es que si se cree que esta perspectiva se justifica porque la determinación de la “naturaleza jurídica de las cosas” es cosa inútil, pues me parece que se estaría en un –grave– error.

(188) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *El poder irrevocable*. Bosh, Barcelona, 1998, p. 7.

(189) HUPKA, Josef. Ob. cit., pp. 30 y ss.

(190) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentario al artículo 145 del Código Civil*. Ob. cit., p. 640.

(191) De este modo: PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. cit., pp. 639 y ss; ROMERO MONTES, Francisco. Ob. cit., p. 117 y ss. Incluso: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción española de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 73 y ss; ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros, al cuidado de Eugenia Ariano. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 251 y ss. Tal como lo ha puesto de manifiesto un autorizado autor (STOLFI, Giuseppe. Ob. cit., p. 2), la mención de la función de un instituto jurídico sirve de poco para comprender su esencia, toda vez que la cualificación de un instituto depende no de la función, sino de su estructura.

Sin ánimo de desviarme del tema, considero de suma importancia valermeme de estas líneas introductorias para fundamentar, aunque de manera breve, porqué tiene relevancia la determinación de la “naturaleza jurídica de las cosas”. Para empezar, hago notar que soy conciente de que existe una postura que considera que la “naturaleza jurídica” es una idea que contribuye a una visión irreal del Derecho. En tal sentido, se sostiene que el Derecho, al no tener un objeto natural –como la biología, la física o la química– es puramente consecuencia de la creación del hombre y, por eso mismo, mal se puede hablar de “naturaleza jurídica”, como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

A juicio de esta postura, sí puede hablarse de naturaleza química, naturaleza física o naturaleza biológica de “algo”, puesto que estas disciplinas del conocimiento poseen objetos que pertenecen a la naturaleza que nos rodea, pero resulta insulso hablar de naturaleza jurídica de “algo”, ya que el Derecho es creado por el hombre y su “naturaleza jurídica” y la de las instituciones cambian tan pronto el legislador cambia la ley que las regula. De este modo, solamente valdría la pena detenerse a analizar “naturalezas” en función a disciplinas que tienen por objeto fenómenos que anteceden al conocimiento que las estudia. Pero como el objeto del Derecho no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo, las disquisiciones en torno a la “naturaleza jurídica de las cosas” no pasan de ser alucinaciones⁽¹⁹²⁾.

En tal sentido, las indagaciones sobre “naturalezas jurídicas” no pasarían de ser razonamientos circulares, ya que dichas indagaciones en ningún caso terminan siendo algo que no sea creación del mismo Derecho, de modo que las indagaciones en cuestión siempre añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere: el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero. Y la situación sería así puesto que, al final del día, los conceptos jurídicos –que precisamente sirven de base a las mentadas indagaciones– no tienen una existencia verificable en la realidad susceptible de ser percibida por nuestros sentidos⁽¹⁹³⁾.

(192) Así: BULLARD GONZALES, Alfredo. “Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú”. En: *Themis*. N° 44. Lima, 2002, p. 18.

(193) *Ibidem*, p. 19.

Ahora bien, tengo la convicción de que existen razones de mucho peso para considerar que la opinión que acabo de describir en torno a la “naturaleza jurídica de las cosas” es –a despecho de autores como Felix Cohen⁽¹⁹⁴⁾– errada.

Así es, desde un inicio es inadecuado tratar de ver al Derecho a la luz de las ciencias naturales, puesto que ello implica caer en el mismo error en el que incurrieron los positivistas decimonónicos (como August Comte), quienes, como es sabido, sostuvieron que toda actitud científica debe rechazar completamente todo tipo de consideración apriorística y debe encerrarse únicamente en los datos suministrados por la experiencia sensible. De semejante forma, se termina arrojando del análisis científico a las alturas más elevadas del espíritu humano y se trata solo de analizar aquello que los sentidos pueden percibir⁽¹⁹⁵⁾, lo que ciertamente está lejos de ser idóneo para una ciencia social como el Derecho⁽¹⁹⁶⁾.

En efecto, el Derecho no puede prescindir, por una cuestión de método, de la “naturaleza jurídica de las cosas” ni mucho menos de los conceptos, toda vez que –al ser una disciplina social– el mismo inevitablemente requiere apoyarse en conceptos que sistematicen y uniformicen los variados fenómenos a los cuales regula. Si el Derecho trabajase sin ellos, los códigos, las leyes, los reglamentos, etcétera, llegarían a ser gigantescos documentos que tarde o temprano, por su magnitud, devendrían en inaplicables y contradictorios (puesto que todo concepto tendría que ser debidamente definido por el legislador, y si tal definición engloba otros conceptos, pues estos también deben ser definidos, y así en una prácticamente interminable sucesión). En realidad, como lo ha reconocido la doctrina, sin el auxilio de los conceptos –los cuales se forjan

(194) Ver: COHEN, Felix. *El método funcional del Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 11 y ss.

(195) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Traducción española de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1964, p. 305. Quien agrega que esta actitud se caracteriza por negarse rotundamente a ir más allá de la apariencia de las cosas (loc. cit.).

(196) La perspectiva de tratar de entender o enjuiciar el Derecho bajo un enfoque positivista, olvida por completo que en los sistemas jurídicos del mundo occidental se realizaron los postulados más importantes del Derecho Natural. A estas alturas del desarrollo de la dogmática jurídica y de la política, nadie puede negar que los juristas de la escuela clásica del Derecho Natural prepararon el terreno para el orden jurídico de la civilización actual. En efecto, la concepción forjada después de finalizada la Segunda Guerra Mundial respecto a los elementos constitutivos, los ingredientes indispensables de todo sistema jurídico maduro y desarrollado, tiene una base jusnaturalista que no puede ser negada bajo ningún punto de vista. Y, como se sabe, el Derecho Natural se basa en la famosa idea de la “razón eterna”, ¡que es precisamente un concepto que no puede ser juzgado y medido en términos del mundo empírico! Al respecto: *Ibidem*, p. 331 y ss.

conforme transcurre el devenir histórico de la sociedad— resulta imposible regular la vida en sociedad⁽¹⁹⁷⁾.

Por otra parte, debido a que la complejidad de la realidad cotidiana presenta innumerables fenómenos jurídicos, el Derecho no puede prescindir de la “naturaleza jurídica de las cosas”, desde que tales fenómenos, por diversas razones, requieren ser reconducidos a otros con el fin de encontrar un marco normativo que proporcione soluciones para los problemas presentados. Así pues, cuando digo que quiero buscar la naturaleza jurídica de algún fenómeno, quiero significar que pretendo establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de conceptos en que dicho fenómeno consiste y otro concepto (o conjunto de conceptos) considerado genérico (o “superior”)⁽¹⁹⁸⁾.

Así las cosas, el objetivo de este ensayo es, pues, contribuir siquiera con un granito de arena al esclarecimiento de la naturaleza de la situación jurídica que recae sobre el representante como consecuencia del acto de apoderamiento (lo que en Alemania, país de origen del instituto de la representación tal como lo conocemos hoy, se denomina *Vertretungsmacht*⁽¹⁹⁹⁾), la misma que desempeña un papel clave en las operaciones económicas de nuestro tiempo⁽²⁰⁰⁾.

1. La teoría negadora del poder de representación: las divagaciones poco ortodoxas del profesor Siegmund Schlossmann

Hoy en día nadie pone en tela de juicio la existencia de dicha situación jurídica, pero ocurre que en doctrina son varias las respuestas que se han dado a la pregunta: ¿cuál es la naturaleza jurídica del poder de representación?

(197) Lo ha resaltado: MONTORO BALLESTEROS, Alberto. “Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico (notas sobre el pensamiento de Karl Olivecrona y Alf Ross)”. En: *Anales de Derecho*. N° 4. Universidad de Murcia, Murcia, 1983, pp. 47 y 48.

(198) Sobre este punto es importante la monografía de LE PERA, Sergio. *La naturaleza jurídica*. Panneditlle, Buenos Aires, 1971.

(199) A juicio de uno de los más prestigiosos estudiosos del tema, este término da a entender con claridad completa y precisión el concepto a que se refiere y merece, por tanto, decididamente la preferencia sobre la incolora e inexpressiva palabra *Vollmacht*. No obstante, cabe precisar que el BGB emplea este último término solamente para designar el poder de representación fundado en la voluntad de las partes (HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 10).

(200) El instituto de la representación encuentra su razón de ser en exigencias prácticas propias de un sistema de producción y distribución de bienes y servicios, fundado en la división del trabajo; asimismo, debe resaltarse el hecho de que los contratos de mayor trascendencia económica son concluidos mediante el empleo de la representación negocial. D’AMICO, Paolo. “Rappresentanza”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. XXV. Istituto dell’ Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 1 (de la separata).

Sin embargo, en cierto momento tal pregunta tuvo como respuesta que el poder no tiene ninguna naturaleza, puesto que el mismo no era más que un concepto jurídico inútil. Esta opinión fue expuesta, con especial energía, por el famoso profesor Siegmund Schlossmann, en el año 1900, en el primer volumen de su citadísimo *Lehre von der Stellvertretung*.

De acuerdo con este autor, el poder de representación, según la doctrina mayoritaria, es una **calidad jurídica** de una persona. Sin embargo, ocurre que a la **calidad jurídica** no corresponde una realidad objetiva, sino que es una mera proyección subjetiva de las consecuencias jurídicas ligadas a determinado hecho sobre la persona en contemplación a la cual surte efectos tal hecho. La **calidad jurídica** pertenece a una clase de conceptos que se caracterizan por ser tan solo efectos puestos por el ordenamiento en contemplación a una persona, mientras que la causa de esos efectos, es decir, el hecho al cual el ordenamiento vincula el efecto jurídico, queda sin ninguna expresión.

En tal sentido, si alguien tiene poder para la representación de N, no se dice otra cosa que no sea que respecto de ese sujeto se da un hecho que con arreglo al derecho positivo hace que las consecuencias jurídicas de sus negocios representativos afecten de un modo directo a N. Por eso, dice Schlossmann, constituye un “desatino lógico” decir, como se hace comúnmente, que el poder es un requisito previo a la representación eficaz, pues ello conduce a una tautología, a un círculo vicioso, “dado que los efectos se dan directamente para el representado siempre que exista un hecho al que el ordenamiento vincule efectos directos para el representado”. Por tanto, el poder resulta ser una pieza superflua en la doctrina de la representación.

Así, en lugar de decir que el representado se obliga por los negocios del representante si este tiene poder, y que el poder se constituye por los hechos a, b y c, debería decirse directamente: el representado se obliga si se da el hecho a, b y c.

En dicho contexto, continúa el célebre profesor de Kiel, no debería dudarse más de la “completa inanidad” del concepto del poder que maneja la doctrina mayoritaria, máxime si se tiene en cuenta que tampoco los romanos ni las primeras codificaciones conocieron este concepto. Asimismo, lo vacilante de la terminología empleada por la doctrina daba indicios de la vacuidad del concepto. En efecto, por “poder” se entiende unas veces el poder de representación voluntario, otras la declaración que sirve de base al poder, y otras finalmente el documento en que se contiene.

Naturalmente, este autor niega también la existencia de un **acto de apoderamiento** –transmisión del poder jurídico al representante– puesto que este poder jurídico no es más que un “puro fantasma”.

Pero Schlossmann continúa: el hecho de que en determinadas circunstancias se producen en los negocios representativos efectos a favor y en contra del representado, aunque no exista mandato, ha empujado a la doctrina a diferenciar mandato de poder. Sin embargo, dichas circunstancias constituyen una excepción, y como tal deben ser explicadas y no mediante una distinción general de conceptos. Además, dicha distinción es por completo extraña a la conciencia de las partes, y tampoco es necesario, para que del negocio efectuado por el mandatario nazcan efectos jurídicos directos en cabeza del mandante, que este haya querido que tales efectos se diesen; por el contrario, basta el designio “empírico” de que las ventajas y los perjuicios derivados del negocio hayan de afectar, no al representante, sino al *dominus*, cualquiera que sea el modo como el ordenamiento jurídico realice ese designio.

Finalmente, Schlossmann cree dar el “tiro de gracia” al concepto de poder indicando que si bien es cierto que es muy frecuente presentar documentos que contienen poderes, ello no prueba en absoluto la existencia de un negocio de apoderamiento conceptualmente autónomo, puesto que el poder escrito no tiene la significación de un acto constitutivo de los efectos directos, sino que simplemente actúa como **motivo** para la conclusión del negocio con el representante, proporcionando al tercero la convicción de que entre el representante y la persona representada existe una relación interna de gestión de negocios, que permite esperar que el representado asumirá las consecuencias del negocio: el hecho de que del negocio emane una responsabilidad directa sobre el principal no es efectos del poder, sino una **consecuencia de la relación interna** a la que el derecho objetivo liga dicho efecto directo.

2. Teorías esbozadas por la doctrina en torno al poder de representación y la posición de la doctrina nacional

A decir verdad, el poder de representación legal es lo mismo que el poder de representación voluntaria. Por lo demás, es esta la postura que acoge nuestro Código Civil al utilizar el término **poder** tanto para la representación legal como para la representación voluntaria, y también al realizar una clara aproximación entre ambos poderes de representación. En efecto, la segunda parte del artículo 145 del Código Civil peruano señala:

“La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley”.

Salta a la vista que la **facultad de representación** es la misma sin importar si la otorga el interesado (representación voluntaria) o la ley (representación legal). Lo que se otorga, en ambos casos, es lo mismo: poder de representación. De ahí que en el título de este trabajo se aluda solo al poder de representación sin especificar si se trata del poder en el contexto de la representación legal o voluntaria⁽²⁰¹⁾.

Ahora bien, como suele ocurrir en el ámbito del Derecho, si bien las ideas que acabo de plasmar son las que predominan de modo claro en la doctrina, ha existido una orientación contraria que ha sostenido que las situaciones jurídicas que poseen los representantes legales y voluntarios son diferentes. Con esta idea inicio la exposición de algunas de las principales teorías o tesis que se han esbozado en la doctrina extranjera y nacional respecto al poder de representación.

Como acabo de mencionar, se ha tratado de explicar la naturaleza jurídica del poder de representación negando la identidad de naturalezas que existe entre el poder de representación voluntaria y el poder de representación legal. Esta teoría bastante peculiar fue expuesta, en el año 1935, por el entonces joven Salvatore Pugliatti.

La idea básica de Pugliatti se puede ser resumida del siguiente modo: el poder solo existe en la representación legal, no en la representación voluntaria. La doctrina mayoritaria hace bien en considerar que el representante legal tiene un poder en su calidad de tal, pero comete un grueso error al entender que este mismo poder se encuentra presente también en el representante voluntario. El representante legal tiene un verdadero poder ya que en virtud del mismo puede ser titular de un **oficio**, lo que no ocurre con el representante voluntario, el cual en ningún caso es titular de un oficio. El oficio no puede existir sin poder, de manera que si el representante voluntario, como tal, nunca desempeña oficio alguno, mal se puede decir que este sea portador de un poder. Es por ello que Pugliatti afirma que si se demuestra que el representante voluntario no es titular de un oficio, ello es suficiente para concluir que tampoco lo es de un poder.

(201) La segunda parte del artículo 145 de nuestro Código Civil es idéntica a la norma que se encuentra en el artículo 1389 del Código Civil italiano. Este dato normativo es un importante soporte para que la doctrina de dicho país también considere que, según su Código Civil, el poder de representación legal y el poder de representación voluntaria poseen igual naturaleza, diferenciándose en su fuente (MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 63).

Debe tenerse presente que cuando este autor habla de oficio, se refiere a lo que en nuestro medio se conoce como **potestad** propiamente dicha, de manera que los padres (patria potestad) o tutores (tutela) son titulares de un oficio de derecho privado. Así, Pugliatti consideraba que los representantes legales (padres o tutores) sí tienen un poder, cosa que no ocurre con los representantes voluntarios, toda vez que no desempeñan un oficio. El representante voluntario solo tiene la posibilidad de vincular a otro con su propia actividad, posibilidad que se funda en la manifestación de voluntad de este y no sobre una norma legal, como sí ocurre cuando se es titular de un oficio (se es titular de la patria potestad o de la tutela no por un acto de voluntad del incapaz, sino en virtud de un dispositivo legal). Por tanto, el representante, como tal, no ejerce un poder propio, sino un derecho ajeno⁽²⁰²⁾.

Agrega el autor –con objeto de mostrar la gran diferencia que existe entre el oficio y la representación voluntaria– que el hecho de que sea factible la coexistencia de varios representantes (voluntarios) es cosa contraria a la naturaleza del oficio, no solo público sino privado. En el contexto del oficio, los investidos de poder tienen una competencia definida por la materia, o sino, una competencia alternativa nunca concurrente. La idea de “repartición de funciones” resulta, pues, extraña al oficio, pero no a la representación voluntaria⁽²⁰³⁾.

De acuerdo con Pugliatti, el representante (voluntario) no hace más que cumplir un contrato (de mandato), en virtud del cual él, o está obligado o está libre de actuar en nombre del mandante; los padres o tutores son titulares de poderes que se caracterizan por su exclusividad y protección legal, en tanto los representantes voluntarios pueden ser revocados en cualquier momento⁽²⁰⁴⁾.

De otro lado, a juicio de una importante doctrina española, lo que en realidad ocurre es que el representado concede o delega en el representante (voluntario) su propia capacidad de obrar. Esto se explica, según Cano, en el hecho de que solo los sujetos con capacidad de obrar pueden otorgar poder de representación, de tal manera que debe considerarse que la posibilidad de otorgar poder de representación forma parte de la capacidad de obrar, tanto de la

(202) PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Reimpresión. Giuffrè Editore, Milano, 1978, p. 83.

(203) *Ibidem*, p. 82.

(204) *Ibidem*, pp. 77-79.

persona natural como de la persona jurídica. Y esto es así porque, según este autor, cuando se otorga poder de representación, el poderdante, en realidad, no pierde las facultades conferidas (desde que por sí mismo puede celebrar el negocio jurídico para cuya celebración precisamente otorgó el poder de representación), sino que simplemente las **proyecta** en el representante, ampliando así sus propias posibilidades de actuación negocial. En consecuencia, el poder de representación no es otra cosa que ciertas facultades que conforman la capacidad de obrar del propio representado⁽²⁰⁵⁾.

La base de esta tesis, aunque Cano no lo diga, se encuentra en los postulados de Luigi Carraro, planteados más de cincuenta años antes. Para este autor, no es posible hablar de un poder de disposición, o de cualquier otra facultad que posibilite de modo general la modificación de la realidad jurídica, que se pueda utilizar por medio de la capacidad y que pueda tener existencia autónoma respecto de esta. Así pues, no habría poderes independientes, siendo estos solo un aspecto de la capacidad jurídica⁽²⁰⁶⁾.

Por otra parte, en Alemania la situación no ha sido del todo clara. Inicialmente, durante los años inmediatamente siguientes a la puesta en vigencia del BGB, autores prestigiosos como Aloys Brinz y Laband sostenían que si bien el poder de representación conferido al apoderado implicaba una posibilidad física de obrar, ello era porque dicho poder se identificaba con un **poder jurídico de disposición**. Antes de ello, algunos autores –como Krainz, Ladenburg y Otto Bähr– consideraban que el poder de representación era una **autorización**. Empero, esta última categoría resultaba ser excesivamente amplia al significar cualquier tipo de permiso o aprobación respecto a la realización de variados tipos de actos efectuados sobre la esfera jurídica ajena, por ello se aceptó la idea de autorización, pero siempre y cuando con ella se haga referencia únicamente al **poder jurídico de disposición** en sentido técnico⁽²⁰⁷⁾.

(205) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. Ob. cit., pp. 7, 27 y 28.

(206) CARRARO, Luigi. “Contributo alla dottrina dell’ autorizzazione”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno I. Giuffrè, Milano, 1947, p. 307 y ss.

(207) Lo informa: HUPKA, Josef. Ob. cit., pp. 10, 27. El instituto de la **autorización** (*Ermächtigung*) nació y se estudió con bastante entusiasmo en Alemania desde el tiempo de la pandectistas, suscitando muchas divergencias de opinión. Luego de varios esfuerzos y no sin pocos problemas, un sector importante de la doctrina ha ido delimitando la figura con el objeto de lograr un concepto de autorización en sentido técnico, asociándolo a la idea de **asentimiento**. Sobre la base de tal doctrina, en términos generales puede afirmarse que el autorizado, a diferencia del representante, se caracteriza por actuar en nombre propio. Asimismo, mientras la representación puede subsistir sin mayor problema de forma independiente, la autorización supone necesariamente la preexistencia de una relación jurídica entre autorizante y autorizado (para una aproximación general a esta figura: VON TUHR, Andreas.

Sin embargo, gracias a la difusión de la categoría de **derechos formativos** –que no son otra cosa que los **derechos potestativos** o también denominados **derechos de modificación**–, la doctrina alemana empezó a considerar que el apoderado –como tal– podía por sí mismo afectar la esfera jurídica del poderdante, lo cual dependía de su libre discreción. Así, partiendo de la consideración de que el representante, en su calidad de tal, no se encuentra obligado a celebrar el negocio jurídico representativo sino que depende de su exclusiva voluntad celebrarlo o no, debe concluirse que el representante no tiene un deber jurídico, sino lo opuesto, o sea un derecho, toda vez que el “uso” del poder depende de su exclusiva voluntad. De esta manera, un autor de la talla de Enneccerus consideraba que el representante, en su condición de tal, era portador de un **derecho potestativo**⁽²⁰⁸⁾.

Por obra de Carl Crome, Julius Staudinger y Erwin Riezler, en la primera década del siglo XX estuvo bastante difundida la idea de conceptualizar al poder como un derecho subjetivo “con ciertas particularidades”, pero derecho subjetivo al fin y al cabo⁽²⁰⁹⁾.

Años después, Von Tuhr dejó de lado la postura del Enneccerus y retomó la idea de poder de representación como **poder negocial de disposición** y, como la doctrina mencionada más arriba, aceptaba la idea de autorización solo si con esta se aludía a dicho poder⁽²¹⁰⁾.

A fines de los años veinte, Oertmann⁽²¹¹⁾ volvió a postular la idea de Enneccerus.

Roppo sostiene que la **explicación conceptual** del mecanismo operativo de la representación se basa en la categoría del poder: el representante está en grado de vincular contractualmente al representado, en cuanto tiene poder para hacerlo –el poder representativo precisamente–. En lugar de la categoría del poder, afirma este autor, parte de la doctrina prefiere hablar de

Ob. cit., Vol. III, T. I, p. 239 y ss.; BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 528 y ss.; CARIOTA FERRARA, Luigi. Ob. cit., pp. 589 y 590; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Ob. cit., p. 328).

(208) ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., p. 531.

(209) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 64.

(210) VON TUHR, Andreas. Ob. cit., Vol. III. T. II. p. 53 y ss.

(211) OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción española de Sancho Seral. Labor, Madrid, 1933, p. 309.

legitimación y de autorización. En cualquier caso, el poder representativo da algo al representante sin quitar nada al representado⁽²¹²⁾.

En nuestro medio, Torres sostiene que el poder de representación es una potestad: **El poder da al apoderado la potestad de producir efectos jurídicos a favor y en contra del poderdante, mediante actos jurídicos concluidos en su nombre**⁽²¹³⁾.

Por otro lado, Lohmann fue el primero en nuestro medio en utilizar el concepto de legitimación para explicar la situación del apoderado como tal. Así, a través del apoderamiento, **se legitima al representante para efectuar actos sobre la esfera jurídica del representado**⁽²¹⁴⁾.

Rómulo Morales, siguiendo a Flume, también señala que el poder de representación no es más que legitimación⁽²¹⁵⁾.

3. Aproximación a los alcances de los conceptos involucrados

Hace buen tiempo ya, la –moderna– doctrina ha dejado en claro que los conceptos de deber jurídico y derecho subjetivo no son suficientes para abarcar toda manifestación jurídica subjetiva reconocida por el ordenamiento. En efecto, los individuos no solo se encuentran “protegidos” por derechos subjetivos ni “sometidos” por deberes jurídicos, puesto que –en realidad– existen diversas **situaciones jurídicas subjetivas** que, cumpliendo una función semejante a la realizada por los derechos y deberes, no pueden ser identificados con los mismos.

La **situación jurídica subjetiva** (o, simplemente, **situación jurídica**) no es otra cosa que la específica posición que asume un sujeto frente a las reglas que conforman el derecho objetivo⁽²¹⁶⁾. La distinción fundamental consiste en

(212) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., p. 254.

(213) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 387.

(214) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. Ob. cit., p. 131.

(215) MORALES HERVIAS, Rómulo. “La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 61; En idéntico sentido: BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco Donato. Ob. cit., T. I. Vol. II. p. 712.

(216) No es poco lo que se ha escrito sobre el particular, sin embargo, el mayor trabajo sobre el tema en sede nacional, en mi opinión, es el de Freddy Escobar Rozas: *La estructura de la obligación. Tesis para optar el título profesional de abogado*. Escuela de Graduados de la PUCP, Lima, 1997 (fundamentalmente el capítulo IV). Sin embargo, destaca por su encomiable poder de síntesis para graficar la situación de la doctrina nacional y extranjera sobre el tema: CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “¿El contrato solo genera obligaciones? A propósito de los trabajos de reforma del Código Civil”.

dividir a estas situaciones en dos grupos: situaciones de ventaja y situaciones de desventaja.

Esta división se comprende partiendo de la consideración de que si los individuos que conforman una comunidad necesitan satisfacer sus distintos intereses a fin de que se logre la “pacífica convivencia”, resulta indispensable que el conjunto de normas que los regula establezca las formas de alcanzar aquel propósito –esto es, la realización de los referidos intereses–. Y dado que los bienes que el mundo ofrece son insuficientes para satisfacer todos los intereses de todos los individuos, la solución que se adopte va a significar –en cualquier caso– el sacrificio de un interés, de manera que la situación jurídica tiene que reflejar la preponderancia o la subordinación del mismo.

En el primer caso, esto es cuando la situación jurídica subjetiva refleja la “supremacía” de un interés frente a otro, se dice que la misma es de ventaja. En ese sentido, se ha definido a esta clase de situación como aquella que, considerando un particular interés, garantiza –jurídicamente– a quien lo experimenta la obtención de su realización. En consecuencia, es fácil deducir que en caso de que la situación jurídica refleje la subordinación de un interés, la misma es una de desventaja⁽²¹⁷⁾.

La actuación de las diferentes situaciones en la realidad jurídica, presupone la presencia de la subjetividad y de la capacidad de los individuos. La primera no es otra cosa que la especial aptitud para ser destinatario de efectos jurídicos o, en otras palabras, para ser titular de derechos, deberes u otras situaciones jurídicas⁽²¹⁸⁾. De otro lado, la segunda constituye la simple posibilidad de actuar voluntariamente y por sí mismo el contenido de una situación jurídica subjetiva⁽²¹⁹⁾.

En: *Cathedra Discere*. Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Año V. N° 8-9. Lima, p. 210 y ss.

(217) Para una aproximación al fenómeno, puede revisarse, en primer lugar, el magnífico trabajo de PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle situazioni soggettive*. Vol. I. Giuffrè, Milano, 1964, p. 63 y ss; ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*. Dottore Antonio Milani, Padova, 1989, p. 63 y ss; NICOLÒ, Rosario. “Le situazioni giuridiche soggettive”. En: AA. VV. *Letture di Diritto Civile*. Dottore Antonio Milani, Padova, 1990, p. 129 y ss; y BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco Donato. Ob. cit., T. I, Vol. I, p. 329 y ss.

(218) FALZEA, Angelo. “Capacità (teoria generale)”. En: AA. VV. *Enciclopedia del Diritto*. T. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 10.

(219) *Ibidem*, p. 22. Como se sabe, tradicionalmente no se tenía un concepto unitario de capacidad, pues la doctrina distinguía entre una de goce y otra de ejercicio. Así, se consideraba que la primera era la aptitud para gozar de derechos y asumir deberes. La segunda, en cambio, era la aptitud para ejercer

Ahora bien, para los fines de este trabajo, analizaremos sintéticamente las situaciones jurídicas que tienen meridiania importancia para la explicación del contenido del poder de representación: el derecho subjetivo, el deber jurídico, el poder jurídico, el derecho potestativo, y la potestad.

El derecho subjetivo es la principal y más conocida situación jurídica subjetiva de ventaja. No por nada, en cierto momento de la evolución del pensamiento jurídico se le consideró como la célula básica del Derecho. Esta situación jurídica ha sido concebida de diversas maneras a lo largo de los siglos XIX y XX. Así, por mencionar algunos ejemplo emblemáticos, Savigny⁽²²⁰⁾ entendía que el derecho subjetivo era un señorío o poder de la voluntad (**teoría de la voluntad**), Rudolf Von Ihering⁽²²¹⁾ consideraba que esta situación jurídica se identificaba con un interés jurídicamente protegido (**teoría del interés**), por su parte August Thon⁽²²²⁾ afirmaba que el derecho subjetivo no era más que la protección que el sistema jurídico le otorgaba a dicho interés (**teoría de la protección**) y, en una posición más conciliadora, Georg Jellinek⁽²²³⁾ sostenía que la situación de ventaja en cuestión era la conjunción de voluntad e interés (**teoría ecléctica**).

Sin embargo, el derecho subjetivo es, en realidad, un esquema conductual diseñado en abstracto y garantizado jurídicamente, es decir, una posibilidad o, para ser más precisos, una facultad de obrar normativamente concedida a los sujetos para la satisfacción de un interés propio. Es, pues, una *facultas agendi*⁽²²⁴⁾.

tales derechos y cumplir dichos deberes. Actualmente, sin embargo, el asunto se explica de otra manera, desde que, por un lado, los términos *goce* y *ejercicio* tienen, respecto del derecho subjetivo, el mismo significado (RESCIGNO, Pietro. "Capacità di agire". En: AAVV. *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. T. II. Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1988, p. 209). Y es que por el hecho de ser humano, se es sujeto de derecho y, como tal, destinatario de diversos derechos y deberes, de los cuales este **goza**. De esta manera, el concepto de capacidad de goce o de derecho es innecesario (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Huallaga, Lima, 2001, p. 322).

(220) SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Ob. cit., pp. 257 y 258.

(221) IHERING, Rudolf. *La dogmática jurídica*. Traducción española de Enrique Príncipe y Satorres. Editorial Lozada, Buenos Aires, 1964, p. 180.

(222) THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo*. Traducción italiana de Alessandro Levi. Dott. Antonio Milani, Padova, 1951, p. 207.

(223) Lo informa: DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducción española de Francisco Javier Osset. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 93.

(224) ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El derecho subjetivo". En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP. N° 16, Lima, 1998, p. 280 y ss.

De otro lado, para un autorizado sector de opinión, el deber jurídico no es sino aquella herramienta que, impuesta como necesidad de realizar cierto comportamiento, el Derecho utiliza para garantizar la permanencia y, eventualmente, la realización de ciertas situaciones jurídicas; o la permanencia o consecución de ciertas situaciones no-jurídicas a las que considera “deseables”. Empero, el deber jurídico tampoco ha sido un instituto que haya dejado de generar debates en torno de sí mismo. La moderna doctrina, sin embargo, considera que el deber jurídico es una necesidad –impuesta normativamente– que constriñe a su titular a efectuar cierto comportamiento a efectos de satisfacer un interés ajeno (presupuesto de una situación jurídica de ventaja). Es, pues, una *necessitas agendi*⁽²²⁵⁾.

El poder jurídico, por su parte, es la segunda situación jurídica de ventaja que la doctrina pudo identificar. Pero su ubicación dentro del conjunto de situaciones jurídicas es “anterior” a cualquier otra, puesto que consiste en una fuerza capaz de crear, modificar y extinguir otras situaciones jurídicas (derechos, deberes, expectativas, etc.). Desde ya debe decirse que este concepto, a pesar de su complejidad⁽²²⁶⁾, juega un rol clave en este trabajo y, en general, en toda la temática relativa al negocio jurídico.

Para uno de los más importantes estudiosos del tema, el poder jurídico es una fuerza activa que, siendo genérica y abstracta, provoca (mediante un comportamiento voluntario) una alteración de la realidad jurídica preexistente⁽²²⁷⁾.

Presentado de esta manera, el poder jurídico es asimilable a la idea de posibilidad de actuar. Esto explica que inicialmente un importante sector de la doctrina alemana e italiana lo confundiera con el derecho subjetivo⁽²²⁸⁾. Pero luego un importante grupo de autores italianos, se esmeró en eliminar tal confusión, deslindando con nitidez los conceptos de ambas situaciones jurídicas.

(225) ID. “Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico”. En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. Año 52, Lima, 1998-1999, p. 296.

(226) Respecto al poder jurídico, un autorizado autor advierte que **nos encontramos, en verdad, frente a uno de los conceptos que están en el vértice de la misma teoría general del derecho y que parecen rehuir cualquier esfuerzo hecho para investigar su naturaleza y encuadrarlos en el sistema** (FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 283).

(227) MIELE, Giovanni. “Potere, diritto soggettivo e interesse”. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Vol. XLII, parte prima. Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano, 1944, p. 116.

(228) LEHMANN, Heinrich. Ob. cit., p. 165; CANDIAN, Aurelio. *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción de Blanca De Caballero. UTEHA, México D. F., 1961, p. 24.

Siguiendo a estos autores, debe concebirse al poder jurídico como la posibilidad genérica que el ordenamiento confiere al sujeto para que este opere en la realidad jurídica, consiguiendo así un resultado útil, a través de la modificación de dicha realidad. La confusión no tiene lugar entre el poder y el derecho subjetivo, ya que aquel se coloca como un *prius* respecto de este y de cualquier otra situación jurídica subjetiva. Y es que, al ser una suerte de fuerza capaz de provocar la alteración de cierto estado de cosas, el poder jurídico es algo “externo” a todas las demás situaciones jurídicas⁽²²⁹⁾.

Esclarecedor es el ejemplo brindado por quien señala que el poder jurídico de adquirir un derecho subjetivo mediante la apropiación de una *res nullius* es algo totalmente diferente del derecho de propiedad que, mediante el ejercicio de dicho poder, se adquiere⁽²³⁰⁾.

También es advertida la diferencia con suma claridad por un destacado autor, cuando explica los alcances del tipo de poder jurídico más importante: el poder negocial. Este poder se identifica con la posibilidad de concluir de manera válida y eficaz un negocio jurídico, por consiguiente resulta ser algo diverso de aquello que resulta ser la consecuencia (directa) del negocio celebrado: el derecho subjetivo (es sabido que normalmente los negocios jurídicos generan derechos)⁽²³¹⁾.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, a mi parecer existe una característica del poder jurídico que lo diferencia por completo de cualquier tipo de derecho subjetivo: la ya aludida “generalidad” de su objeto. De acuerdo a la doctrina que se viene siguiendo, el derecho subjetivo recae sobre un objeto “concreto”, mientras el poder jurídico sobre uno “general” o “abstracto”, es decir, uno que no se materializa, de modo exclusivo, en una entidad determinada. Veamos:

El derecho subjetivo de propiedad sobre un auto existe solo si este se encuentra debidamente individualizado. Yo no puedo decir simplemente que soy propietario de un “auto”. En realidad, solo puedo decir que soy propietario del auto de placa de rodaje AIJ-921. Abstractamente configurado, el auto no puede ser objeto de propiedad, solo puede serlo si se encuentra perfectamente

(229) MIELE, Giovanni. *ult. cit.*; FERRI, Luigi. *Ob. cit.*, pp. 284; LENER, Angelo. “Potere (Diritto Privato)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. T. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 612.

(230) ROMANO, Salvatore. “Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno IX. Giuffrè, Milano, 1955, pp. 1012 y 1013.

(231) FERRI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 287 y ss.

individualizado, “concretizado”. Por ello el derecho subjetivo de propiedad es “concreto”. Otro tanto ocurre con el derecho de crédito. Solamente puede hablarse de derecho de crédito si la prestación se encuentra determinada. No se puede decir que el crédito tiene por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer, consideradas estas de un modo abstracta. Es necesario que la prestación sea de entregar tal o cual cosa o la realización de tal conducta (que puede ser incluso negativa como en el caso de las prestaciones de no hacer).

El poder jurídico, en cambio, no recae sobre “algo” individualizado, sino más bien sobre algo determinado de un modo genérico. De este modo, el poder de disponer, por ejemplo, no recae sobre el derecho de propiedad que usted pueda tener sobre el caballo “Santorín”, sino sobre todos los derechos de propiedad que integran su patrimonio. Es más, este poder recae sobre todos los demás derechos subjetivos que conforman también su patrimonio y son susceptibles de disposición⁽²³²⁾.

En consecuencia, amable lector, la existencia de su poder de disposición no se encuentra supeditada a una entidad concreta o individualizada (derecho de propiedad sobre el caballo “Santorín”). El objeto del poder está formado por un conjunto de entidades que, en cuanto tal (en cuanto conjunto), no desaparece. En efecto, aun cuando dentro del patrimonio de un sujeto no se encuentre derecho alguno sobre el cual ejercer su poder de disposición, este igualmente puede ser ejercido respecto de derechos pertenecientes a otros sujetos (piénsese en el caso de las denominadas adquisiciones *a non domino* contempladas en el artículo 948 del Código Civil).

Por otra parte, como su propio nombre lo indica, el derecho potestativo es un tipo de derecho subjetivo. El concepto de este tipo de derecho tiene sus antecedentes en los trabajos del alemán Ernst Bekker, quien denominó “derechos negativos” a aquellos en virtud de los cuales se podía extinguir derechos preexistentes. Después, Enneccerus planteó la idea de los “derechos de adquisición”, a los cuales entendía como la facultad de adquirir nuevos derechos. Más tarde, ambas categorías fueron fusionadas por Ernst Zitelmann y Emil Seckel, quienes llegaron a postular la existencia de una especial posibilidad jurídica atribuida a un sujeto para producir, a través de su sola actuación,

(232) En ese sentido: BARASSI, Ludovico. *I diritti reali nel nuovo Codice Civile*. Giuffrè, Milano, 1943, p. 23.

una “transformación” jurídica consistente en la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos⁽²³³⁾.

Ahora bien, luego de un tortuoso camino, la doctrina ha terminado por aceptar que los derechos potestativos son auténticos derechos subjetivos que permiten a su titular conseguir, a través de un comportamiento propio, un resultado favorable, consistente en la modificación de la esfera jurídica ajena, sin que pueda impedirlo el titular de esta⁽²³⁴⁾.

Finalmente, existen diversas concepciones en torno a la potestad en sentido técnico. Para una primera corriente de pensamiento, la potestad se identifica con un derecho subjetivo que se ejercita sobre personas que se encuentran en estado de sujeción, pero tal derecho responde, no a un interés de su titular, sino más bien a un interés perteneciente a los sujetos frente a los cuales se ejerce el mismo⁽²³⁵⁾. Para una segunda opinión, la potestad es una situación jurídica análoga al deber jurídico, con la única diferencia de que en este caso el sujeto tiene “discrecionalidad” para escoger la forma o vía más conveniente para realizar un interés ajeno, de esta forma se considera que la potestad posee un contenido menos “rígido” que el verdadero y propio deber jurídico⁽²³⁶⁾. Para una tercera concepción de esta figura, esta es un conjunto de derechos o

(233) Así lo informa: AULETTA, Giuseppe. “Poteri formativi e diritti potestativi”. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Vol. XXXVII, parte prima, Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano, Milano, 1939, p. 36.

(234) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El derecho subjetivo*. Ult. cit; decimos tortuoso porque varios autores han rechazado la admisión de esta categoría conceptual. Uno de los más ilustres fue, sin lugar a dudas, Mario Allara. Este autor sostenía que los derechos potestativos no pueden ser derechos subjetivos porque carecen de un correlativo deber jurídico, de manera que no pueden formar parte de ninguna relación jurídica. Cuando estamos en presencia de un derecho potestativo casos –decía el gran jurista– “falta sobre todo la *relatio ad alterum*; hay un derecho, pero falta el respectivo deber” (ALLARA, Mario. *Nozioni Fondamentali del Diritto Civile*. Giappichelli, Torino, 1958, p. 249). Difícil compartir tan ilustre opinión. Así es, en realidad toda situación jurídica subjetiva de ventaja se encuentra tutelada erga omnes, razón por la cual no es del todo exacto postular que frente a los derechos potestativos no existe un deber que impida a los demás obrar sobre el bien hacia el cual tienden dichos derechos. Asimismo, si bien los derechos potestativos no suponen un específico y correlativo deber jurídico, ello no constituye una razón suficiente para negarles la calidad de derecho subjetivos, puesto que de lo contrario habría que llegar a la conclusión de que el derecho de propiedad no es un derecho subjetivo, ya que otorga a su titular la posibilidad de satisfacer sus intereses sin la necesidad de una concreta cooperación ajena: ciertamente el propietario de un bien, en su calidad de tal, no requiere –jurídicamente– la cooperación (BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco Donato. Ob. cit., T. I, Vol. I, pp. 357 y ss. y 396 y ss).

(235) LEHMANN, Heinrich. Ob. cit., p. 125.

(236) BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco Donato. Ob. cit., T. I, Vol. I, pp. 443 y 444.

poderes que se otorgan a ciertos sujetos a fin de que puedan dar cumplimiento a los deberes y cargas que pesan sobre los mismos⁽²³⁷⁾.

Evidentemente, resulta impertinente siquiera tratar de esbozar una seria toma de posición en el debate desatado en torno a la figura de la potestad. Es factible, no obstante, afirmar que la potestad, en otras cosas, encierra en su núcleo la idea de deber, ya que el titular de la potestad (en su calidad de tal) debe obrar para la satisfacción o tutela de un interés ajeno, cosa que se aprecia nítidamente en el ejemplo paradigmático de potestad: la patria potestad⁽²³⁸⁾. En rigor de verdad, es difícil entender que el titular de la potestad tiene un genuino derecho subjetivo de “imponerse” frente a ciertos sujetos, a fin de cumplir con determinados deberes (Ej. prestación de alimentos y educación de los padres hacia los hijos), parece más lógico, en cambio, entender que tiene la obligación de hacerlo⁽²³⁹⁾.

Con este soporte conceptual ya parece posible exponer adecuadamente un análisis crítico respecto a cada uno de los diferentes planteamientos esbozados por la doctrina en torno a la naturaleza del poder de representación.

4. Las diversas teorías a la luz de un análisis crítico

4.1. El poder de representación no es un concepto carente de sentido

Como ya vimos, Schlossmann intentó demoler más de cuatro décadas de desarrollo doctrinal alemán. No lo logró⁽²⁴⁰⁾.

En efecto, Max Rümelin y Hupka han destacado que con estos planteamientos, Schlossmann no hace más que probar lo que ya se sabía, es decir, que el fundamento jurídico para la eficacia de la representación no está en el poder de representación, sino en el hecho básico en que este se funda (es decir, en el acto mismo que constituye el negocio de apoderamiento), y que el poder de presentación no es sino el efecto inmediato de ese hecho. Pero en modo alguno ha demostrado con eso que el poder de representación sea un concepto

(237) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. T. I, Civitas, Madrid, 2002, p. 440; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. III. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1955, pp. 136 y 137.

(238) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. Giuffrè, Milano, 1963, p. 57; BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 510 y 511.

(239) ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil: Derecho de Familia*. T. II. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 682.

(240) Para la teoría de Schlossmann y su refutación, véase: HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 30 y ss; ENNECERUS, Ludwig. Ob. cit., p. 450; STOLFI, Mario. “La procura irrevocabile”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno. XXV. Società Editrice Libreria, Milano, 1933, p. 324 y ss.

sin contenido y sin valor. Evidentemente, el hecho de que los jurisconsultos romanos y codificadores antiguos hayan desconocido el concepto del poder, no es prueba de la inutilidad actual de este concepto; tampoco el simple hecho de que exista un variado empleo de la palabra “poder” en la jurisprudencia y en el tráfico.

Infundada resulta la afirmación de Schlossmann de que la hipótesis de un poder de representación sin facultad de gestión (o sea un poder aislado) constituya algo excepcional. Todo lo contrario, hoy en día tiende a afianzarse una creciente separación entre el poder externo del representante y su capacidad interna. Las exigencias del tráfico, en no pocas ocasiones, imponen la necesidad de nombrar representantes sin que previamente exista una relación jurídica básica. Además, lo que el autor bajo examen alega contra la naturaleza autónoma de la voluntad o de la declaración de apoderamiento, es hartamente discutible. Generalmente, el representado conoce bien la diferencia que para su responsabilidad supone que el representante actúe en nombre propio o ajeno, y solo allí donde la intención expresa, o la presunta en relación a determinadas circunstancias, del representado va dirigida a una actuación representativa, surge el poder para la representación frente a terceros. El hecho de que tal intención no se nos aparezca siempre bajo la vestidura de un acto especial, y sí con mucha frecuencia en combinación con el otorgamiento del mandato o del permiso para la gestión de negocios, nada representa contra la significación jurídica independiente de la voluntad de apoderamiento.

Finalmente, en grueso error incurre Schlossmann cuando solamente atribuye al documento-poder, tipo genuino de apoderamiento independiente, la importancia material de un motivo, y al referir los efectos directos del acto representativo, no al consentimiento para la representación en aquel, sino a la relación interna de gestión. En efecto, pensar de este modo olvida por completo que es la presencia del poder de representación lo que determina la diferencia que existe entre el mandato con representación y el mandato sin representación, por ende es un error decir el poder de representación es un concepto sin valor jurídico alguno. La existencia de poderes aislados-de lo cual nadie duda hoy en día- no hace otra cosa que dejar “fuera de combate” la tesis del profesor de Leipzig.

4.2. El representante voluntario no es titular de un oficio o potestad

Existen argumentos de mucho “peso” para no compartir la opinión de Pugliatti. Ciertamente, el representante, como tal, no es titular de oficio (potestad) alguno, si por este se entiende –tal como lo hace la mejor doctrina– al

conjunto de funciones a ejercitar en interés ajeno, de conformidad con un deber y en virtud de un poder propio.

De esta definición se puede observar que el deber es diferente del poder y la vinculación significa solamente que el poder se involucra en la categoría del oficio, de tal manera que el ejercicio del poder es un deber.

Ahora bien, si el oficio implica la coexistencia de un deber junto al poder y si se admite que el representante voluntario, en su calidad de tal, no tiene el deber de ejercer la tarea encomendada, se tiene que de la afirmación de que el representante no es titular de un oficio, no se puede deducir que inexorablemente no pueda serlo de un poder. Principio lógico básico es que la exclusión de lo menos implica también la exclusión de lo más, pero no viceversa.

Ya se indicó que el oficio es otra forma de designar a la potestad. Como vimos, la potestad incluye en su estructura más de una situación jurídica subjetiva que puede tener existencia en otros ámbitos distintos a los de ella (o sea la potestad). Siendo así, no es de compartir la idea de Pugliatti según la cual el representante voluntario no puede tener poder porque no desempeña oficio alguno. Si así fuera, podría decirse también que los derechos y deberes no pueden existir fuera del contexto de la potestad, pero sabemos que ello no ocurre.

¿Si los derechos y deberes se encuentran dentro del oficio (o potestad) y pueden también existir al margen de este, por qué no puede ocurrir lo mismo con el poder de representación que también se ubica en su interior? Evidentemente, no existe razón alguna.

También es posible afirmar, considerando la definición dada, que el oficio puede involucrar una variedad de funciones. Así es, basta notar el caso de los oficios de Derecho Privado más común, el del padre que ejerce la patria potestad y el del tutor, quienes, junto a la función de representación, desempeñan otras funciones como la de administración de bienes y la educadora. Considerando lo dispuesto por los artículos 418, 419, 420 y 423 de nuestro Código Civil, puede decirse que funciones como esta última, por su especial delicadeza, no pueden ser ejercidas de modo simultáneo y concurrente por más sujetos que los estrictamente señalados en la ley.

No obstante lo anterior, es posible observar que en materia de patria potestad, mientras el ejercicio del complejos de atribuciones se reserva solo a los padres, es posible que una función de simple representación se atribuya a persona diferente de estos y, entre tanto, conserven la función de representación

para todos los demás actos (cosa perfectamente posible a la luz de una interpretación *a contrario sensu* de los artículos 447 y 448 de nuestro Código Civil⁽²⁴¹⁾). Por ejemplo, es perfectamente posible que los padres designen a un tercero para que este simplemente los represente en la aceptación de una donación sin cargas a favor de los hijos. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en las normas contenidas en los artículos 425 y 606 inciso 2 del Código Civil, existen casos de concurrencia de representación entre padres y curadores especiales, aunque sea para actos diferentes; mientras todas las demás funciones que constituyen el contenido de la patria potestad, especialmente las función educativa y de sostenimiento, permanecen en manos de los padres.

Entonces, en contra de lo afirmado por Pugliatti, la coexistencia de pluralidad de representantes no es algo que repugne a la naturaleza de la potestad u oficio. Por consiguiente, tal como el poder de representación voluntaria puede encontrarse “distribuido” en más de un sujeto, otro tanto ocurre con el poder de representación legal, como se acaba de ver.

Asimismo, debe tenerse presente la ya clásica distinción entre el apoderamiento y el contrato causal (relación subyacente al poder), por el cual el representante asume obligaciones para cuyo cumplimiento utilizará el poder concedido, de tal suerte que si el representante utiliza el poder conferido para cumplir ciertas obligaciones, ello es así no en virtud del poder, sino en virtud de la relación subyacente⁽²⁴²⁾. Por lo tanto, no parece correcto seguir la opinión bajo análisis y sostener que el representante, como tal, no hace otra cosa que cumplir un contrato.

De otro lado, si bien es verdad que el poder de representación del representante legal no es libremente “revocable” como ocurre con el poder del representante voluntario (art. 149 del Código Civil peruano), ello no deriva de una presunta naturaleza distinta del poder de representación legal. Las restricciones a la revocación del poder de representación legal no se basan en la naturaleza de este, sino que se deben a exigencias especiales de las funciones ejercitadas por los representantes legales (padres o tutores). Entre estas

(241) Estos artículos hacen referencia a actos que los padres **no pueden realizar respecto de la esfera patrimonial de sus hijos, de tal manera que todos los demás actos no mencionados por estas normas sí pueden ser llevados a cabo y, por eso mismo, también pueden ser realizados por medio de otros sujetos a los cuales los padres concedan poder de representación.**

(242) CÁRDENAS QUIROS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado*. T. I. Ediciones Jurídica, Lima, 1994, p. 531. El apoderamiento no impone una obligación de actuar, a diferencia del mandato del cual sí surge una relación obligatoria.

exigencias se halla, en primer lugar, la necesidad de no dejar vacante, durante un tiempo más o menos prolongado, el oficio con daño al menor, y por otra parte, la necesidad de brindar adecuada tutela a los intereses extrapatrimoniales del representante legal, los cuales podrían sufrir lesiones si pudiera ser privado de su oficio sin motivo fundado y suficiente⁽²⁴³⁾.

Es más, si –como se acaba de ver– el poder de representación legal no puede ser libremente revocado debido a que los intereses en juego así lo exigen, pues exactamente lo mismo ocurre con el poder de representación voluntaria. En efecto, los poderes irrevocables son tales no en virtud de una especial naturaleza de estos, sino debido a que así lo exigen los intereses en juego. Desde su admisión en la doctrina, el poder irrevocable es como cualquier otro poder de representación, pero debido a los intereses en juego dentro del contexto donde entra en funcionamiento, su revocabilidad sufre serias restricciones; esto ocurre cuando un sujeto es investido de un poder tanto para ejercerlo en su propio interés como en interés de un tercero⁽²⁴⁴⁾.

En tal contexto, se tiene que si el representante legal tiene un poder, pues de igual modo lo tiene el representante voluntario. Las diferencias denunciadas por la teoría bajo examen, bien vistas las cosas, no conmueven esta afirmación.

Ahora bien, luego de lo expuesto hasta aquí, no debe ser difícil advertir que el representante voluntario, como tal, no ostenta una potestad. Basta tener presente que la potestad involucra la idea de deber, y toda vez que el representante, como tal, no se encuentra constreñido a nada, es claro que el poder de representación no se identifica con el deber de ninguna manera y, en consecuencia, no puede ser idéntica a la potestad. Tal deber, mucho menos, existe frente a los terceros, habida cuenta que, en general, la situación derivada del otorgamiento del poder de representación da al tercero solo la mera posibilidad jurídica, pero no el derecho, de estipular con el representante⁽²⁴⁵⁾. Por tanto, nuestra opinión no coincide con la de Torres⁽²⁴⁶⁾.

(243) Así: MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 61.

(244) Para mayor detalle sobre este interesante aspecto, permítaseme remitir a la tesis completa: NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *La irrevocabilidad del poder de representación en el Código Civil peruano: propuesta para la superación de un nocivo límite a la autonomía privada*. Tesis para optar por el título profesional de abogado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Biblioteca Central, Código: DE 4127, Lima, octubre de 2008, p. 111 y ss.

(245) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 65.

(246) Si bien un autor célebre como Francesco Carnelutti prefiere utilizar el término potestad en lugar del de poder, este autor deja constancia que con ello quiere designar a lo que la doctrina mayoritaria

Para terminar este punto, es necesario señalar que el poder de representación sí forma parte de la potestad, pero no se identifica con ella. Dicho poder, como ya se expuso a propósito de la tesis de Pugliatti, se encuentra dentro de la potestad en los casos de representación legal, pero ello no ocurre en los casos de representación voluntaria, donde la potestad no tiene cabida.

4.3. El representante no adquiere la capacidad jurídica del representado

Tampoco parece correcto sostener que el poder de representación se identifique con la capacidad, de modo que debe rechazarse la idea según la cual el poderdante, mediante el negocio de apoderamiento, confiere al representado una parte de su capacidad de goce (“subjetividad”) o de ejercicio (“capacidad”).

En efecto, ya se vio que la subjetividad es la especial aptitud para ser destinatario de efectos jurídicos, pero el representante —en su condición de tal— no es destinatario de ningún efecto jurídico después de celebrado el negocio representativo. Por el contrario, los efectos jurídicos de todo acto efectuado en virtud del poder de representación, no tendrán como destinatario al representante, sino al representado. Qué sentido tendría, entonces, que el representado confiera su propia subjetividad al representante. Ello sería ciertamente un despropósito.

De igual forma, el poder de presentación no se puede identificar con la subjetividad, ya que esta es presupuesto de aquel. No hay duda de que el representante ostenta una situación jurídica, y puede ostentarla gracias a la posibilidad de ser destinatario de efectos jurídicos, de modo que dicha posibilidad, que no es otra cosa que la subjetividad, es un presupuesto del poder de representación. Se advierte, pues, que la subjetividad, antes que ser un poder, es un presupuesto de este⁽²⁴⁷⁾. Por eso mismo no se comparte la tesis de Carraro.

Por otro lado, al ser la capacidad la simple posibilidad de actuar voluntariamente y por sí mismo el contenido de una situación jurídica subjetiva, se ve claramente que el poder de representación y la capacidad pertenecen a planos distintos. El primero al de la titularidad, por ser precisamente una situación

entiende por poder, de tal manera que no se le pueden aplicar las críticas que se acaban de exponer (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1951, p. 186).

(247) ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Giuffrè, Milano, 1953, p. 195.

jurídica, y el segundo al del ejercicio. Y es que el poder es una situación jurídica, en cambio la capacidad sirve para actuar (o utilizar si se quiere) tales situaciones.

Así también, la doctrina alemana, principalmente Larenz y Müller-Freienfels, se han preocupado en destacar que mientras el poder de representación se confiere y deriva (como se verá dentro de poco), la capacidad no puede ser derivada ni mucho menos conferida, ya que es una cualidad estrictamente inherente al sujeto, que solo puede ser regulada por ley y no por actos de autonomía privada⁽²⁴⁸⁾.

4.4. El representante no es titular de un derecho subjetivo y la legitimación no describe con precisión su situación jurídica

Ya vimos que el derecho subjetivo resulta ser una facultad de obrar normativamente concedida a los sujetos para la satisfacción de un interés propio. Por ende, en línea de principio, dado que el representante actúa en nombre y en interés ajeno, mal podría decirse que el representante, como tal, ostenta un derecho subjetivo. Nótese que la admisión de poderes otorgados en interés del representante no afecta esta conclusión, puesto que, en todos los casos, el representante no podrá actuar de modo enteramente libre de tal manera que tome en cuenta solamente la satisfacción de su propio interés (como sí ocurre con el derecho subjetivo)⁽²⁴⁹⁾.

Si el poder de representación no puede ser considerado como un derecho subjetivo, menos podrá ser un derecho potestativo, puesto que este es un tipo de aquel. Por lo demás, los derechos potestativos se caracterizan por agotarse con el efecto jurídico pretendido. Son, por decirlo de algún modo, facultades que se consumen y, además, caducan con el paso del tiempo (derecho de opción, de retracto e impugnación). Nada de esto se da en el poder de representación⁽²⁵⁰⁾.

De otro lado, no puede compartirse, al menos no completamente, la tesis que considera al poder de representación como legitimación. Tengo la

(248) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 64. El poder de representación no puede **incluirse entre las capacidades personales, pues no es una subespecie de la capacidad general para poder obrar de forma jurídicamente relevante, sino una ampliación del “ser-capaz” jurídico con respecto a un determinado negocio o a una determinada esfera de negocios del representado** (LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 771).

(249) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 127.

(250) *Ibidem*, p. 128.

convicción de que un concepto clave no puede basarse en una categoría cuya noción se encuentra lejos todavía de considerarse nítida y suficientemente perfilada por parte de la doctrina (recuérdese que precisamente por esto la doctrina alemana prefirió prescindir de la noción de autorización para explicar la esencia del poder de representación). En efecto, a la legitimación a veces se le usa como sinónimo de poder de obrar o de poder de disponer, así como de autorización que hace que un determinado acto, que de otro modo sería ilícito, sea lícito⁽²⁵¹⁾.

Pero, como se acaba de precisar, tampoco rechazamos esta tesis completamente, toda vez que a la legitimación también se le emplea para indicar el límite de la actividad negocial de los particulares, haciendo así referencia al poder negocial⁽²⁵²⁾, que es precisamente el concepto con el que –en mi opinión– realmente se identifica el poder de representación, tal como se verá más adelante.

Entonces, resulta *impreciso* afirmar que el poder sea legitimación, ya que este, a su vez, posee una gama de posibles significados. Además, a pesar de que se sepa que la legitimación también alude al poder jurídico, ello no brinda luces suficientes para comprender la esencia de esta última situación jurídica.

4.5. El poder de representación como poder jurídico negocial derivado

Como adelanté, el poder de representación no es más que un poder jurídico negocial derivado⁽²⁵³⁾. Esta es también la posición de buena parte de la doctrina.

Sin perjuicio de lo ya indicado sobre el poder jurídico, considero pertinente detenerme un poco más en la figura del poder jurídico negocial a fin de poder intentar mostrar un mejor perfil de la misma. Esto es de meridiana importancia para la comprender la naturaleza del poder de representación.

Como se advirtió, el poder jurídico es un concepto clave y –como tal– ha sido objeto de un arduo estudio en el campo de la filosofía del Derecho. En

(251) Este es el estado de la cuestión sobre la legitimación, tal como lo ha puesto de relieve un autor de la talla de RESCIGNO, Pietro. “Legitimazione”. En: AA. VV. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. cit. T. X, 1993, p. 518 y ss.

(252) Loc. cit. Habla de legitimación representativa, pero precisando que se refiere al poder de actuación de la autonomía privada (o sea, el poder jurídico negocial): BIANCA, Massimo. Ob. cit., pp. 82 y 83. Aunque más adelante el autor nos da algunas ideas más en torno al poder jurídico, su concepción sobre esta situación jurídica no resulta del todo clara (Ibidem, pp. 226-227).

(253) Cosa que también sostuve (reitero, de modo muy apretado) en mi ensayo ya citado.

efecto, el poder jurídico se vincula a la problemática que implica el análisis de la evolución del Derecho. Así, se considera que el Derecho cambia, evoluciona, mediante la creación de nuevas reglas jurídicas (o la derogación o modificación de las ya existentes), y el poder jurídico resulta ser la potencia que entra en acción al establecer nuevas reglas jurídicas (o al modificar o derogar las reglas ya existentes). Por ende, el poder jurídico debe consistir en un poder de modificar el “mundo jurídico”⁽²⁵⁴⁾.

El Derecho de una sociedad evoluciona sobre la base de fuerzas de tipo externo o interno. Un ejemplo de las primeras, que se basan en la intervención de **poderes de hecho**, son las grandes revoluciones que son capaces de modificar el Derecho existente de una manera intensa (piénsese en la revolución liberal francesa o en la socialista rusa). Pero el Derecho no es estático, no cambia solo en virtud de fuerzas externas, sino también gracias a fuerzas internas. Efectivamente, hay cambios operados desde el interior del Derecho. La fuerza interna que opera este último tipo de cambios es el poder jurídico⁽²⁵⁵⁾.

Al ser los cambios –en esencia– creación, modificación o derogación de las reglas jurídicas que gobiernan las conductas de los individuos en sociedad, el poder jurídico es aquello que permite crear, modificar o derogar reglas jurídicas, de donde se colige que en virtud del poder jurídico negocial es posible crear, modificar o derogar reglas negociales⁽²⁵⁶⁾. Es precisamente por esto que más arriba se dijo que el poder negocial se identificaba con la posibilidad de concluir de manera válida y eficaz un negocio jurídico. No debe olvidarse que por medio de los negocios jurídicos, los particulares regulan sus intereses a través del establecimiento de reglas (llamadas reglas negociales) que van a ser vinculantes para ellos (hay que recordar que el negocio jurídico por excelencia es el contrato, cuyas reglas negociales están constituidas por sus cláusulas)⁽²⁵⁷⁾.

(254) FERRI, Luigi. Ob. cit., pp. 281 y 282.

(255) Loc. cit.

(256) *Ibíd.*, p. 284.

(257) Aquí quiero únicamente dejar constancia de que, en mi opinión, es muy difícil sostener que el poder jurídico es una categoría que solo pueda ser acogida dentro de un enfoque propio de la teoría normativa del negocio jurídico. El trabajo de Forno sobre la oferta contractual, ya citado, es un ejemplo ilustrativo. Este autor utiliza la categoría del poder jurídico sin suscribir la teoría normativa del negocio jurídico. Por ello, he preferido emplear al término “reglas jurídicas”, antes que el de “normas jurídicas”. Pienso, como lo hace la teoría normativa, que el poder jurídico se manifiesta no solo en el campo del Derecho Público, sino también en la realización de los negocios jurídicos, mas ello no implica aceptar que los negocios sean fuentes de genuinas normas jurídicas. Los negocios jurídicos crean reglas, sí.

Mediante el ejercicio del poder jurídico se operan cambios en el Derecho, entendidos estos como la creación, modificación o derogación de reglas jurídicas ¿No ocurre lo mismo, acaso, al ejercer un derecho subjetivo? Pues no.

Ferri tiene mucha razón cuando señala que la noción de poder jurídico se aclara considerablemente cuando se capta su neta distinción con la figura del derecho subjetivo⁽²⁵⁸⁾. El ejercicio del derecho subjetivo se traduce en un actuar lícito y amparado por reglas jurídicas (normas jurídicas o reglas negociales); pero mediante el ejercicio de un derecho subjetivo no se crean, modifican o derogan reglas jurídicas, esto último se hace mediante el poder jurídico. Cuando ejerzo un derecho subjetivo, no hago más que traducir en la realidad la facultad contemplada por una regla jurídica ya existente, pero no altero el derecho, las reglas jurídicas se mantienen incólumes. Cuando las reglas sufren alguna vicisitud (creación, modificación o derogación), ello es síntoma del ejercicio de un poder jurídico⁽²⁵⁹⁾.

Por tales consideraciones, se afirmó más arriba que el poder jurídico es un *prius* a todas las situaciones las demás jurídicas. El ejercicio de estas no genera ningún cambio en reglas jurídicas, sino que son más bien “actuación” de las mismas; en cambio, el poder jurídico no es un simple obrar según reglas jurídicas, sino que es un obrar en virtud del cual se crean (modifican o derogan) reglas jurídicas. En el caso del poder negocial, en virtud de este se celebran negocios jurídicos y, así, se crean reglas jurídicas, las cuales contemplan derechos y deberes para cada una de las partes (en caso se trate de un contrato). Por ello, el poder jurídico es **anterior** al derecho subjetivo⁽²⁶⁰⁾.

Siendo el poder jurídico una fuerza creadora genérica y abstracta para –por concesión del sistema legal– crear efectos jurídicos que pueden consistir en la creación misma de situaciones jurídicas subjetivas, se coloca como un *prius* respecto de las demás situaciones, diferenciándose claramente de ellas. Asimismo, a diferencia de las otras situaciones de ventaja, el poder jurídico recae sobre un objeto genérico, así, el poder negocial de un sujeto no solamente le permite celebrar negocios jurídicos con un sujeto en particular, sino con todos aquellos con los que sea posible hacerlo.

(258) FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 280.

(259) Ibídem, pp. 284-286.

(260) Ibídem, pp. 287 y 288.

Así las cosas, no debe ser difícil percatarse de que el poder jurídico se muestra como un concepto adecuado para describir al poder de representación, máxime si se tiene en cuenta que los otros conceptos se muestran como inadecuados para tal finalidad. El representante, en su actuación como tal, crea nuevas reglas jurídicas que vinculan a la esfera jurídica del representado; semejante cosa únicamente puede llevarse a cabo por medio de un poder jurídico. El representante celebra negocios jurídicos que originan reglas que vinculan o repercuten de forma directa en la esfera jurídica del representado, entonces no quepa la menor duda de que el representante es titular de un poder jurídico negocial. Dos razones muy difíciles de contestar: i) el poder de representación posibilita la celebración de negocios válidos y eficaces, pues solamente el poder negocial hace posible tal cosa; ii) el representante, a través del poder de representación, crea (y también puede modificar y derogar) reglas jurídicas para la esfera jurídica del representado, pues ya vimos que la única situación jurídica que permite crear reglas es el poder jurídico.

Mosco resalta que la situación jurídica del representante presenta exactamente los mismos caracteres mediante los cuales define el concepto de poder la doctrina más autorizada (la cuales hemos recogido líneas arriba). “Los elementos constitutivos de este concepto, o sea, el comportamiento activo y voluntario junto a la modificación jurídica de la realidad preexistente, se encuentran exactamente en la situación del representante voluntario; la tarea a él confiada por el *dominus* mediante la procura es la de realizar actos de voluntad, especialmente de naturaleza negocial; el efecto será la modificación jurídica que habrá de producirse en la esfera del *dominus*”⁽²⁶¹⁾.

Un lector avisado podrá plantear una objeción en este momento: ¿el derecho potestativo no genera también modificaciones de la realidad jurídica como el poder jurídico de tal forma que bien pueden ser confundidos? No voy a sostener que el poder jurídico es tan diferente del derecho potestativo como lo es un elefante de un ratón. Hay similitudes interesantes que, sin embargo, no permiten afirmar que ambas situaciones jurídicas sean idénticas. En primer lugar, el derecho potestativo, como derecho subjetivo que es, tiene un objeto concreto, cosa que no ocurre con el poder jurídico. Pero lo más importante es que el ejercicio potestativo no implica la alteración de las reglas jurídicas preexistentes, sino que —como todo derecho subjetivo— es solamente la “actuación” de las mismas. Para demostrar esto me voy a valer

(261) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 63.

del artículo 1419 del Código Civil, que regula un ejemplo clásico de derecho potestativo.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1419 del Código Civil, el contrato de opción es aquel por el cual una de las partes (llamada concedente) queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo, mientras que la otra (llamada optante) tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no. La doctrina reconoce que aquí se está ante una típica relación de cooperación “no actuada”, en donde uno de los “polos” se traduce en un derecho potestativo y el otro en un estado de sujeción⁽²⁶²⁾. El referido derecho se resuelve en la *facultas* que tiene el optante para que, con su sola declaración, quede celebrado el contrato definitivo, mientras que el estado de sujeción se resuelve en la afectación que de su esfera realiza el concedente a fin de que la decisión del optante pueda producir efectos –jurídicos–.

Ahora bien, pudiera pensarse que cuando el optante ejerce la opción, crea reglas jurídicas tal como se hace cuando se ejerce un poder jurídico. Concluir ello, empero, es precipitado. No debe olvidarse nunca que cuando la opción se ejerce, no se hace más que obrar al amparo de las reglas del contrato de opción. Se ejerza o no la opción, ello resulta ser un actuar conforme a este contrato. La celebración del contrato definitivo –mediante el ejercicio de la opción– no es más que la “actuación” de las reglas ya contenidas en el contrato de opción, no la creación de nuevas reglas negociales que antes no existían. Y esto es así porque todas las reglas que conforman el contrato definitivo, ya se encontraban previstas en el contrato de opción. Por ello es que, al final del día, con el ejercicio de la opción no se hace creación de reglas, sino que más bien implica un obrar conforme a las ya existentes.

¿No lo convenzo del todo de que el poder de representación no es un derecho potestativo? Pues ya expuse que el poder de representación no sirve a los intereses del representante como tal. El derecho potestativo, al satisfacer los intereses de su titular, ostenta una existencia que no depende de terceros, sino que su fenecimiento depende de su propio titular. El poder jurídico del representante, en cambio, bien puede ser revocado por el representado.

Para concluir este trabajo, luego de haber determinado que el poder del representante es un poder en sentido técnico, es menester ahora determinar

(262) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 227; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., T. II. p. 323.

cuál es su origen. Evidentemente, no tiene ninguna significación sostener que el poder del representante deriva del negocio de apoderamiento, porque esto solo quiere decir que dicho poder no es congénito, como el poder con respecto a todo individuo en cuanto tal, sino que es un poder que se atribuye al representante por obra el *dominus* (o del ordenamiento o decisión judicial, en el caso de representación legal). Por mi parte, en cambio, intentaré determinar –aunque de modo no exhaustivo– la relación que media entre el poder propio del *dominus* y el que este atribuye al representante a través del apoderamiento.

Para este fin, nos será de gran utilidad el tener en cuenta las dos teorías surgidas en el seno del ordenamiento italiano: i) la teoría de la transferencia, y ii) la teoría de la derivación.

Un exponente de la primera es Santi Romano⁽²⁶³⁾, quien afirma que al representante se le atribuye el ejercicio del poder propio del *dominus*. Este planteamiento tiene sus antecedentes en los postulados de alemán Josef Kohler –los que a su vez fueron desarrollados por Hermann Eichler en los años cincuenta–, de acuerdo con los cuales el poder del representante se origina en una transferencia o autoenajenación de una porción del poder del *dominus*, que se separaría del poder o de la capacidad de este⁽²⁶⁴⁾.

Ocurre, sin embargo, que esta teoría choca con la insuperable objeción de que si hubiese, en realidad, una transferencia en sentido propio, debería seguirse como consecuencia lógica la imposibilidad del *dominus*, después del otorgamiento del poder, de ejercer su poder con respecto a aquellas relaciones para las cuales instituyó al representante, cosa que –como bien se sabe– no sucede. Es más, a tenor de lo dispuesto por los artículos 147 y 151 de nuestro Código Civil, incluso el representado puede conferir poder a otros representantes para la realización de las actividades relativas a aquellas mismas relaciones.

La segunda teoría, que ha gozado de mayor aceptación y ha sido pulcramente expuesta por Mosco⁽²⁶⁵⁾, también tiene raigambre germano.

(263) ROMANO, Santi. Ob. cit., p. 199.

(264) Nos los informa: MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 71.

(265) *Ibidem*, p. 71 y ss.

En efecto, durante los primeros años del siglo XX la doctrina alemana se enfrascó en un debate en torno al origen de los derechos reales limitados. Habiéndose superado la **teoría traslaticia** y la **teoría de la división cualitativa**, debido a que las mismas no explicaban de modo satisfactorio la permanencia íntegra del derecho de propiedad después de la aparición del derecho limitado, se ha llegado a la **teoría de la derivación**, la cual –según relata Mosco⁽²⁶⁶⁾– terminó siendo la más aceptada.

De acuerdo con esta última teoría, los derechos limitados (como el usufructo) nacen por **derivación** del derecho de propiedad. Así, el derecho de propiedad se concibe como un “derecho madre” del cual derivan por “filia-ción” los derechos limitados, que se consideran precisamente como “derechos hijos”.

En tal sentido, se afirma que el derecho madre, denominado también “derecho producente”, no experimenta ninguna alteración por efecto de la constitución de un derecho limitado, conservando íntegros su naturaleza y su contenido; el titular del derecho madre conserva la posibilidad jurídica de derivar de tal derecho, otros derechos limitados no solo de tipo diferente, sino del mismo tipo, dando así lugar a un posible conflicto de derechos. Asimismo, el autor alemán considera que el contenido del derecho limitado derivado será, en parte, cualitativamente igual al del derecho madre, pero cuantitativamente más reducido⁽²⁶⁷⁾.

Mosco, en opinión que comparto, indica que la **teoría de la derivación** de los derechos reales limitados se muestra particularmente idónea para explicar el fenómeno del otorgamiento del poder de representación⁽²⁶⁸⁾.

Efectivamente, no se puede desconocer que luego de efectuado el negocio de apoderamiento, el *dominus* continúa siendo titular de su propio poder jurídico negocial, el cual permanece íntegro en su esfera jurídica. Por lo demás, la idea de un poder jurídico “fraccionado” es inconcebible. A la integridad de tal poder corresponde la posibilidad de conferir un poder de representación a otros sujetos, tal como ocurre en la derivación de derechos reales.

(266) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 71.

(267) Ibidem, p. 72.

(268) Ídem.

Asimismo, tal como el titular del derecho limitado tiene facultades iguales a las del propietario, solo que cuantitativamente limitadas, el representante también es investido de un poder que tiene un contenido más limitado que el del *dominus*, pero es cualitativamente igual (el representante, como tal, no puede celebrar actos personalísimos, también es claro que el representante tampoco puede celebrar negocios que no puede celebrar por sí mismo el propio representado).

Otra consideración que lleva a considerar que el poder conferido por el representado al representante nace por derivación: el derecho o poder negocial derivado permanece en una relación de dependencia respecto al derecho o poder “madre”, en el sentido de que no solo lleva consigo los límites de este último, sino que si se desvanece el derecho madre, también desaparece el derecho derivado. Al respecto, puede apreciarse que si el poderdante en algún momento posterior al apoderamiento, pierde la posibilidad jurídica de efectuar un determinado negocio, este tampoco podrá ser ya estipulado por el representante.

Así las cosas, debe concluirse que el poder del representante, como tal, **deriva** del poder del representado. No es pues un poder jurídico negocial “madre”, que poseen todos los individuos como tales, sino un **poder jurídico negocial derivado**, propio del representante como tal. Por ello, la posición que suscribimos no puede ser criticada afirmándose que el poder del representante –sobre todo los especiales– no es de objeto genérico, puesto que se otorga para realizar determinados negocios, motivo por el cual el representante, como tal, no sería titular de un poder jurídico. En efecto, tal crítica solo sería válida si aquí sostuviéramos que el representante recibe un poder negocial “madre” en virtud del apoderamiento, pero ello, como es evidente, no es lo que se sostiene en este trabajo.

Por lo tanto, cuando el Código Civil utiliza el término **facultad** de representación, debe entenderse que se refiere al poder jurídico derivado. Ciertamente, desde la perspectiva del lenguaje común, esto es perfectamente posible y de ninguna manera se encuentra vetado por la teoría de la interpretación jurídica. Todo lo contrario, toda vez que el lenguaje común empleado por el texto legal es la barrera última con la que se topa toda posible interpretación⁽²⁶⁹⁾.

(269) TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milano, 1980, p. 67 y ss.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA SUBYACENTE AL PODER DE REPRESENTACIÓN: LA MANERA DE ENTENDER LA RELACIÓN ENTRE REPRESENTACIÓN Y MANDATO, EL FAMOSO ARTÍCULO DE PAUL LABAND Y EL “CHAUVINISMO” DE LA DOCTRINA FRANCESA

Otro aspecto de relevancia meridiana que conviene dilucidar es en qué consiste lo que en doctrina usualmente se denomina “relación jurídica subyacente” (o también llamada “relación de gestión”).

Cuando la representación directa empezó a ser admitida, la misma, sin embargo, era considerada, por lo general, desde el punto de vista de las relaciones causales que le servían de base. Así pues, la representación aparece aquí solo como la faz externa de la relación jurídica mediante la cual surge aquella en concreto.

En efecto, en un primer momento, la doctrina concibió poder y mandato como dos facetas de lo mismo, del mandato representativo. Se reconocían, por consiguiente, dos tipos de mandato: el no representativo y el que sí lo era. En el primero el mandatario obraba en su nombre y para sí y luego retransmitía los efectos de lo actuado al mandante. En el mandato representativo el tercero conoce que contrata con el representado a través del representante o, cuanto menos, llega a conocerlo. Por ello, los efectos contractuales se verifican directamente en el representado sin necesidad de ninguna retransmisión⁽²⁷⁰⁾.

De este modo, en aquella época, la representación voluntaria ya era admitida, pero se encontraba encerrada dentro del “molde” jurídico del mandato. *Obligatio mandati* y representación venían a ser elementos indispensables de toda relación de mandato, aquella como la faz interna y la otra como la faz externa de dicha relación. Así, la doctrina de aquel entonces planteaba que el contrato de mandato daba lugar, por una parte, a la constitución de una relación representativa y, por otra parte, a una obligación entre mandante y mandatario. Como colorario de esto, se entendía que la relación representativa siempre descansaba sobre un mandato⁽²⁷¹⁾.

(270) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José. Ob. cit., p. 55.

(271) Entre otros: Georg Puchta, Karl Arndt y Bernhard Windscheid. Sobre los perfiles históricos de la relación entre mandato y representación ver: HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 18 y FLUME, Werner. Ob. cit., pp. 877 y 878.

Esto explica porque las grandes codificaciones de fines del siglo XVIII (el ALR prusiano de 1794) e inicios del siglo XIX (*code napoleon*, el AGBG austriaco de 1811) se regula detenidamente el poder, pero como es de suponerse en acentuada conexión con el mandato⁽²⁷²⁾.

En el año 1866, en el tomo X de la revista llamada *Zeitschrift für Handelsrecht*, apareció un artículo titulado “*Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*”. Es en este trabajo donde por primera vez se plantea la distinción entre mandato y representación⁽²⁷³⁾. Su autor, Laband (un preclaro exponente de la jurisprudencia de conceptos), afirmaba que nada era más nocivo para poder alcanzar el verdadero concepto de la representación y la formación jurídica de dicho instituto, que la confusión entre representación y mandato.

En ese sentido, Laband sostenía que mandato y poder pueden coincidir, pero ello es una cosa puramente accidental, no necesaria. Esto debido a que era factible celebrar mandatos sin otorgar facultades de representación (como sucedía, por ejemplo, en el Derecho Romano y en los casos del comisionista o agente comercial). Cabía, además, un mandato conferido con una orden expresa al mandatario de ocultar el nombre del mandante. Asimismo es posible otorgar poderes sin que medie mandato alguno. El factor, el socio colectivo, el socio gestor de una sociedad comanditaria, el presidente de una anónima, el naviero y otras personas –sostenía Laband– tienen un poder de representación exista o no un mandato. En efecto, cuando el principal prohibía al factor la realización de determinados negocios o incluso le ordenaba expresamente el negocio opuesto, lo hecho por el factor, contraviniendo la orden, obligaba al principal. Aquel podía ser responsable frente a su principal, el socio frente a sus consocios, el presidente frente a los accionistas, pero en todo caso los terceros que contratan con ellos adquirirían derechos y obligaciones frente al principal. De aquí Laband concluyó que mandato y poder existían de manera independiente en la realidad jurídica, “se trata de dos negocios

(272) FLUME, Werner. Ob. cit., p. 878.

(273) Empero, hay que decir que el primero que mostró insatisfacción frente a la confusión entre representación y mandato fue Rudolph von Ihering en un ensayo escrito en el año 1858. En este trabajo, Ihering sostenía que la existencia del mandato con la representación era algo puramente casual, ya que podía darse el caso de mandatarios que no son representantes y, al contrario, representantes que no tienen mandato alguno. Sin embargo, al señalar como ejemplos de esta última clase al tutor y al *negotiorum* gestor, Ihering demuestra que también él ve en el mandato el fundamento de la representación voluntaria, no logrando así una independización integral entre ambas figuras (lo cual resulta de las agudas observaciones de: HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 19).

jurídicos completamente distintos, basados en supuestos diferentes, y de efectos diversos”⁽²⁷⁴⁾.

Como sabemos, Laband triunfó y adquirió fama en toda en toda Europa con su recordado artículo. Pero, contra lo que comúnmente se cree, la tesis de Laband suscitó inicialmente gran desconfianza en el medio alemán, a tal punto de ser calificada como “teoría inútil”.

En efecto, en 1871, Raban Canstein publicó el primer gran trabajo opositor a las novedosas ideas de Laband. De acuerdo con él, Laband postula que el mandatario puede estar autorizado para representar, mientras que el apoderado lo está indefectiblemente, de modo que la facultad de representar es esencial al poder y accidental en el mandato. Este criterio resulta inútil dice Canstein, ya que lo esencial puede ser convenido expresamente, por lo cual en un caso concreto poder y mandato quedarían irremediablemente confundidos.

Pues bien, como relata Hupka⁽²⁷⁵⁾, la crítica de Canstein a Laband constituye toda una anécdota. En efecto, y como se habrá dado cuenta un atento lector, Canstein creía criticar Laband, sin embargo estaba criticando a un autor imaginario, ya que en la tesis de Canstein las ideas de Laband aparecen del mal interpretadas del todo, cosa que habría sorprendido al mismo Laband (“¿cuándo he dicho semejante cosa?!”).

Y es que Laband, por el contrario, plantea que donde hay un mandato para celebrar negocios en nombre del mandante ni siquiera puede hablarse de “mandato cualificado” o de mandato con facultad de representación, sino que, en puridad, existe una **conurrencia** de un mandato con un poder⁽²⁷⁶⁾.

En 1875, Friedrich Curtius publicó un ensayo donde niega enfáticamente la posibilidad de un negocio de apoderamiento conceptualmente autónomo. La posición de Curtius tiene como soporte dos ideas: i) un acto especial de apoderamiento nada significa ante la consagración de la representación directa como principio jurídico universal, y ii) impone al tercero la necesidad de probar las facultades del representante, cosa indeseable en la práctica. A juicio de Curtius, el sistema legal de aquel entonces hace que se den para el principal

(274) Sobre el célebre artículo de Laband ver: Hupka, Josef. Ob. cit., p. 19 y 20; y DíEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 36 y 37; en sede nacional: PRIORI POSADA, Giovanni. “Comentario al artículo 145 del Código Civil”. En: *Código Civil Comentado*. Ob. cit. p. 644.

(275) *Ibíd*em, p. 24.

(276) HUPKA, Josef. *ult cit*.

los efectos del negocio representativo “en cuanto se ha contratado en su nombre y él ha dado mandato para contratar”. Por lo tanto, concluye este autor, la facultad de representación se fundamenta en el mismo contrato de mandato, y no es necesaria una declaración de voluntad que indique que se contratará en nombre del mandante.

La tesis de Curtius ha sido severamente criticada por Hupka⁽²⁷⁷⁾. En efecto, la primera idea de Curtius contiene una evidente petición de principio. Su idea sería válida si ese principio jurídico universal estatuyese la eficacia de la representación directa de modo absoluto, no siendo necesario ningún otro requisito, cosa que, sin embargo, no sucede. Así es, el principio en cuestión no vincula su norma al mero hecho de la representación, sino que exige un elemento especial creador de la representación, dado que no es lo mismo celebrar un contrato por cuenta de otro, que hacerlo a su nombre. Lo primero, que era lo único posible en el Derecho Romano, no necesariamente, como lo mostraba la realidad jurídica, implicaba celebrar el contrato en nombre de otro. Para que exista representación era necesaria una manifestación de voluntad del principal en ese sentido, aquella no se generaba automáticamente. De allí que, bien vistas las cosas, sea la tesis de Curtius la que puede generar efectos indeseables en la práctica, ya que de seguirse su pensamiento sería imposible para todo mandante evitar entrar en relación jurídica con terceras personas mediante el negocio encomendado, cosa que resultaría intolerable a todas luces.

Los postulados de Laband tienen el gran mérito de no haber experimentado ninguna modificación sustancial en la doctrina posterior, salvo-como ya vimos- el de entender al poderamiento como un contrato consensual.

Según una autorizada doctrina española, probablemente, la necesidad de documentar ciertos poderes e incluso hacerlo en documento público o en escritura pública, permitió advertir el hecho de que lo que se documentaba no era el mandato sino algo distinto, el poder. Y este, al funcionar separadamente del mandato, hizo percibir cierto grado de independencia respecto del contrato. Ello llevó a un esfuerzo de atención enfocado en el límite divisorio de las dos figuras, poder y mandato. Y, a la postre, a distinguirlas, el poder unilateral, facultativo y revocable, el mandato bilateral, obligatorio e indesistible⁽²⁷⁸⁾.

(277) HUPKA, Josef. Ob. cit., p. 21 y ss.

(278) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José. Ob. cit., pp. 55 y 56.

Por tanto, podemos advertir que el poder no explica por qué el representante debe desarrollar una actividad a favor del representado, no dice si él tiene derecho a una contraprestación y cuál es esta, todo ello se regula en la relación subyacente⁽²⁷⁹⁾.

Como es sabido, el mandato es la relación subyacente por excelencia. Este es un contrato con efectos obligatorios por medio del cual un sujeto (mandante), confiere a otro (mandatario) el poder de gestionar un negocio por su cuenta, haciendo recaer directamente los efectos de esta actividad en su esfera jurídica.

El mandato desempeña una función instrumental respecto a la satisfacción del específico interés del mandante de valerse de la actividad de otros, o sea, el interés de servirse del mandatario a fin de conseguir un resultado útil. De esta manera, el mandato tiene su razón de ser hasta que subsista tal interés del mandante; en caso desaparezca dicho interés, no subsistirá la función misma del mandante⁽²⁸⁰⁾.

Nos adherimos a Carlos Cárdenas cuando señala que “la esencia del mandato es que mediante su ejecución se pretende la realización de un servicio personal, pero no en nombre de alguien, sino por su cuenta e interés. Este es precisamente el contenido que el contrato tenía en el Derecho romano. Por consiguiente, las consecuencias de los actos realizados por el mandatario con terceros se producen en su propia esfera jurídica y no trascienden a la del mandante. En el caso de la representación ocurre todo lo contrario, en la medida en que los efectos de los actos celebrados por el representante en nombre del representado se producen directamente en el patrimonio de este. El apoderamiento no impone una obligación de actuar, a diferencia del mandato del cual sí surge una relación obligatoria”⁽²⁸¹⁾.

Sin embargo, tal como ha sido advertido por la doctrina, la relación subyacente al poder no solo puede ser un contrato de mandato, ya que existen otros contratos para cuyo cumplimiento o mejor cumplimiento se otorga poder de representación, tales como el contrato de obra, la locación de servicios, y la comisión mercantil. En efecto, el comitente puede encargar al contratista o

(279) CARNEVALI, Ugo. “Rappresentanza”. En: *Lineamenti di Diritto Privato*. G. Giappicheli Editore, Torino, 2002, p. 435.

(280) BAVETTA, Giuseppe. “Mandato (Diritto Privato)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. T. XXV. Giuffrè, Milano, 1975, p. 367.

(281) CÁRDENA QUIROS, Carlos. Ob. cit., pp. 530 y 531.

locador que adquiriera ciertos materiales en su nombre y directamente. Ello faculta al contratista o locador para conseguirlos mediante una representación. En este caso el poder sirve a un contrato de obra o de locación de servicios. Lo mismo sucede en la comisión mercantil: el comisionista obra con los terceros en nombre del comitente⁽²⁸²⁾.

En conclusión, no hay duda de que uno de los momentos más importantes en la historia de la representación es cuando la doctrina alcanza a distinguir claramente la diferencia existente entre esta figura y el contrato de mandato. Tal distinción, debida también a la doctrina alemana del siglo XIX, fue recogida por casi toda la doctrina europea. Decimos “casi” porque tuvo que pasar mucho tiempo para que la doctrina francesa admita la diferencia entre la representación y el contrato de mandato.

Es realmente notoria la completa desatención de los tratadistas franceses para con la doctrina alemana. Los avances científicos que esta alcanzaba eran recibidos con buen agrado por los estudiosos españoles e italianos, mas no eran tomados en cuenta por la doctrina francesa. Esta, hay que decirlo, quedó varada en el tiempo simplemente porque rehusó **seguir** a una doctrina extranjera.

De muchas formas puede explicarse la tenaz resistencia de los juristas franceses a recibir cualquier tipo influencia extranjera. Nosotros pensamos que a los juristas galos no les debió haber hecho ninguna gracia que los pandectistas alemanes lograsen expandir su radio de influencia por todo el globo. Al haber marcado el *Code Napoleon* el inicio de una hegemonía de la doctrina civilista francesa en el concierto jurídico internacional, es fácil comprender la renuncia de los estudiosos franceses a pasar de líderes a liderados, como consecuencia del rotundo éxito de la escuela pandectista fuera de las fronteras del imperio alemán. El mundo jurídico ya no solo consideraba a Francia como guía, sino que también a Alemania.

Para darse una idea de esta situación, basta tener en cuenta la mala manera en la que los célebres Marcel Planiol y Georges Ripert se expresaban sobre pandectismo alemán.

Así es, en los primeros años del siglo XX, los famosísimos catedráticos parisinos afirmaban que si bien es cierto que existen sectores del Derecho con

(282) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José. Ob. cit., p. 56.

alto contenido teórico, el movimiento pandectista no había sabido afrontar adecuadamente tal contenido. En efecto, estos autores acusaban a los pandectistas de razonar de un modo estrictamente lógico, contrario a la finalidad social de la legislación. Su excesivo carácter abstracto, decían, les hacían perder de vista que el Derecho regula las relaciones entre los hombre entre sí. Tales defectos, según Planiol y Ripert, provocan pues que este movimiento no tenga una mayor relevancia en la práctica. Por ello, sugieren no atender a los difusores de la doctrina alemana en su país, como Raymond Saleilles⁽²⁸³⁾.

Afortunadamente, estos autores no fueron consecuentes con semejante manera de pensar, y es que ellos, cuando abordan el tema de la representación, tienen muy en cuenta a su compatriota Eustache Pilon, cuyos planteamientos –al igual que los de Saleilles– se encuentran bastante influenciados por la doctrina alemana (sobre todo por Lenel⁽²⁸⁴⁾).

Efectivamente, para Planiol y Ripert la representación es una figura autónoma, distinta del mandato. Estos autores indican que el mandato ha existido por largo tiempo sin implicar poder para representar. “Esta forma primitiva del contrato no ha desaparecido totalmente aún. El comisionista o el mandatario en nombre propio, que actúa públicamente como dueño del negocio, originan relaciones contractuales para ellos mismos. Recíprocamente, el poder para representar puede aplicarse a determinados actos no comprendidos en el mandato, o subsistir aun cuando este se haya disuelto entre el mandante y mandatario”⁽²⁸⁵⁾.

Lamentablemente, la “sana inconsecuencia” de este par de los profesores parisinos, respecto al tema que nos ocupa, no fue seguida. Así, en los años veinte, otro par de profesores bastante conocidos, Ambroise Colin y Henri Capitant, confundían completamente el mandato y la representación cuando afirmaban que “el mandato o procuración es un acto por el cual una persona confiere a otra para poder hacer algo con destino al mandante y en su nombre”⁽²⁸⁶⁾.

(283) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georg. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. T. VI. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A., La Habana, 1946, p. 8.

(284) El propio Lenel comenta que su doctrina ha sido difundida y defendida en Francia por Pilon: LENEL, Otto. *ult. cit.*

(285) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georg. *Ob. cit.*, pp. 78 y 79.

(286) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil francés*. Traducción española de Luis Alcalá Zamora y Castillo. p. 492.

La procuración, a juicio de estos autores, resulta ser el poder escrito que da el mandante al mandatario, en el cual le ordena que realice en su lugar, y generalmente en su nombre, una o varias operaciones jurídicas⁽²⁸⁷⁾.

Ya bien entrada la década del treinta, el célebre profesor de Lyon, Jossérand, tampoco distinguía el poder de representación de la relación jurídica subyacente. En efecto, para este autor la representación no pasaba de ser una cualidad del mandato. El mandato implica invariablemente, explícita o implícitamente, al concepto representativo. “Si mandato es igual a procuración, es evidente que implica, al igual que esta, el concepto de representación”⁽²⁸⁸⁾.

En las postrimerías de la primera mitad del siglo XX, los famosos hermanos Mazeaud tampoco alcanzaban a superar en modo alguno la confusión emanada del artículo 1984 del *code*. Así, estos autores afirman que “la representación es la esencia del mandato”, por lo que el mandato supone la representación, de modo que “el mandante no obra en su nombre personal, sino en nombre del mandante”. Para el famoso terceto parisino, la representación no es más que la nota característica del **mandato representativo**, que le permite diferenciarse de otros contratos similares⁽²⁸⁹⁾.

En los años sesenta, Jean Carbonnier entendía que la representación era un mecanismo en virtud del cual un sujeto (representante) celebra un contrato por cuenta de otro individuo, en cuya persona surgen los correspondientes derechos y obligaciones. Pero Carbonnier, siguiendo la usual distinción entre representación legal y voluntaria, sostiene que esta última se da por el contrato de mandato: **por el contrato de mandato el mandante confiere al mandatario que acepta, la facultad de representarle en la conclusión de uno o varios actos jurídicos**⁽²⁹⁰⁾.

A punto de terminar el siglo XX, y la confusión aún perdura en la doctrina francesa. En efecto, el profesor Christian Larroumet tampoco deslinda de modo satisfactorio al poder de la relación jurídica subyacente.

(287) *Ibidem*.

(288) JOSSERAND, Louis. *Ob. cit.*, T. II. Vol. II. p. 352 y ss.

(289) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. P. III. Vol. IV. Traducción española de Luis Alcalá Zamora y Castillo. EJEA, Buenos Aires, 1962, p. 384 y ss.

(290) CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. T. II. Vol. II. Traducción española de Manuel Zorrilla Ruiz. Bosh, Barcelona, 1971, pp. 407-409.

De acuerdo con este autor, en la representación hay, en primer lugar, un representado, quien deberá beneficiarse de los efectos del contrato o soportar sus obligaciones; en segundo lugar, hay una representante que es quien obra por cuenta del representado. Ahora bien, esta representación puede ser perfecta o imperfecta, según que el representante celebre el contrato en su propio nombre o a nombre del representado. Con todo, en ambos tipos de representación, es necesario que el representante tenga un poder para hacerlo, el cual se otorga en virtud de un contrato de mandato⁽²⁹¹⁾.

Es fácil advertir como Larroumet, cual estudioso alemán de la primera mitad del siglo XIX, considera que la representación propiamente dicha no es más que una cualidad del mandato. Además, nótese como este autor sostiene que existe poder de representación también en los casos de representación indirecta (que él llama imperfecta), cosa que la mejor doctrina ha negado por completo. Y es que Larroumet, si bien habla de “representación”, siempre lo hace en consideración al mandato subyacente (como hemos visto lo hacía también Carbonnier)⁽²⁹²⁾.

Vemos pues las consecuencias funestas de la renuencia de los franceses a adoptar los postulados germanos.

Planiol y Ripert decían que debíamos estar en guardia frente a las corrientes doctrinales que privilegien en demasía la abstracción, y por eso menospreciaron al pandectismo germano. Tal desconsideración, como puede advertirse a estas alturas, no era justificada. Si algunos autores buscaron con ello proteger la posición de liderazgo de la doctrina francesa, lo único que consiguieron con semejante actitud es mantenerla en un atraso que trae todo menos prestigio.

Si se quiere emplear una analogía bastante conocida en nuestro medio, diremos que Planiol y Ripert no se cansaron de advertir que no era bueno permanecer “volando”, sino que más bien debíamos preocuparnos mucho por el “aterri-zaje” de los conceptos. Nosotros diremos que si bien ello resulta correcto hasta cierto punto, es preferible tener un buen “vuelo” a fin de evitar un “aterri-zaje forzoso”, de modo que es mejor “viajar” con un piloto al que le gusta “volar”, que con un piloto que sufre de acrofobia, quien no hace otra cosa que pensar en

(291) LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Vol. I. Traducción española de Jorge Guerrero. Temis S.A., Bogotá, 1993, p. 125 y ss.

(292) *Ibidem*, pp. 128 y 129.

el aterrizaje. Tal parece que la –insistimos, atrasada– doctrina francesa de la representación “voló” con un piloto que padecía dicha fobia.

IV. NOTAS CRÍTICO-COMPARATIVAS SOBRE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL

Como una suerte de “punto y aparte”, terminamos esta sección con algunas consideraciones en torno a la relación existente entre la representación legal y la representación negocial, la cual es precisamente a la que hemos venido haciendo referencia hasta el momento.

En principio, podríamos decir que la representación legal también permite que los efectos jurídicos del actuar de un sujeto (representante), recaigan directamente en la esfera jurídica de otro (representando), pero ello ocurre no en virtud de una regla negocial (producto de la declaración de voluntad del representado), sino en virtud de una norma jurídica⁽²⁹³⁾.

Sin embargo, tal como lo ha destacado un atento sector de la doctrina⁽²⁹⁴⁾, existe una incertidumbre sobre clasificar algunas especies de sustitución en la representación legal o en otras categorías. Por ello, resulta conveniente poner previamente de relieve aquellos caracteres específicos de la representación legal que son o pueden ser comunes a todas las hipótesis, incluso las dudosas, para lo cual se debe tener muy en cuenta la representación de los padres que ejercen la patria potestad y del tutor, es decir, los dos supuestos de representación legal por excelencia.

Un primer carácter específico que se puede identificar en la representación legal consiste en que esta se fundamenta en la falta de un sujeto capaz de tutelar sus propios intereses o en la menor idoneidad del sujeto interesado⁽²⁹⁵⁾. De esto se deriva que en este tipo de representación el representante es por completo el único sujeto que participa en la realización del negocio jurídico, por lo que la única voluntad a tener en cuenta a efectos de vicios u otras circunstancias sea la suya. En ningún caso, por consiguiente, va tener valor jurídico la voluntad del representado.

(293) Esta concepción es la dominante en doctrina. Para muestra de ello basta verificar los principales textos nacionales que abordan el tema: LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso del acto jurídico*. UNMSM, Lima, 1983, p. 15; ID. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit. p. 91 y ss; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 171 y ss. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. Ob. cit., p. 119 y ss; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 327 y ss.

(294) MOSCO, Luigi. Ob. cit., pp. 17 y 18; DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 48 y 49.

(295) BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 504; CARIOTA FERRARA, Luigi. Ob. cit., pp. 587 y 588.

Otra nota diferencial es el carácter heterónomo de la regulación de los intereses del representado. Mientras que en la representación voluntaria o negocial, el representado conserva su plena autonomía en cuanto él mismo, por la manifestación de su voluntad contenida en el apoderamiento, provee a la regulación de sus intereses⁽²⁹⁶⁾. Al respecto, Müller-Freienfels afirma que en la representación legal, el representado está expuesto a decisiones ajenas, y que si él era capaz en un momento anterior, la instauración de una representación le significa una especie de expropiación en sentido lato. En la llamada representación legal no hay, en estricto, ni autonomía privada ni un auténtico negocio jurídico⁽²⁹⁷⁾.

“La falta de un sujeto capaz o del todo idóneo y la heteronomía son, por tanto, los dos caracteres esenciales específicos de la representación legal, capaces de diferenciarla de la representación voluntaria”⁽²⁹⁸⁾.

En realidad, no es dificultoso advertir que existen diferencias, tanto en orden a sus presupuestos, como al modo de su funcionamiento y a los efectos que producen. El hecho de que la representación legal no pertenezca al ámbito de la autonomía privada, hace que suscribamos la opinión de quienes sostienen que la teoría de la representación no debe formarse englobando como dos especies distintas de una institución única la representación negocial y la legal. Y es que, por el contrario, consideramos que se trata de dos instituciones sustancialmente diversas.

Partiendo de un criterio metodológico⁽²⁹⁹⁾ que hasta el momento no ha sido seriamente cuestionado, debe considerarse que es principio común a todas las ciencias, pero de especial importancia para la ciencia jurídica, que el encuadramiento de un determinado dato en una categoría amplia o generalizadora produce ventajas, dado que permite observar por aquel dato (acto, hecho o situación jurídica) los caracteres que el mismo posee en común con todos los demás de la misma categoría.

Empero, precisamente porque estas categorías son muy amplias y generalizadoras, se caracterizan por un número de cualidades mucho menor que el de las clases más pequeñas y sencillas, por lo que su encuadramiento en aquellas

(296) SANTORO PASSARELLI, Francesco. Ob. cit., p. 338.

(297) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 50.

(298) MOSCO, Luigi. Ob. cit., p. 21.

(299) CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia del Diritto*. Cedam, Padova, 1939, p. 19 y ss.

categorías permite recoger solo algunos de los aspectos esenciales del hecho o del acto.

La tarea científica del jurista no puede detenerse aquí, sino que debe seguir más adelante. Al procedimiento esencial de síntesis, se ha de unir el análisis, o sea, se tiene que subdividir la categoría general en grupos o en subgrupos (categorías menores) y tratar de observar así los aspectos específicos esenciales del hecho y de la categoría menor en la que el hecho encuentra su sitio exacto. Con el primer procedimiento se obtienen los aspectos genéricos, y con el segundo, las diferencias específicas.

Pero el segundo procedimiento no es menos necesario que el primero, ya que sin él se corre el peligro de aplicar a un hecho determinado una doctrina que repugna con el mismo, por cuanto tal doctrina refleja aspectos específicos de otro hecho que pertenece a la misma categoría amplia, pero que difiere del hecho en estudio por otros aspectos específicos que imponen su encuadramiento en otra subcategoría.

Sobre la base de este planteamiento metodológico, se puede patrocinar una opinión diferente a la de la doctrina mayoritaria en nuestro medio. Esta sostiene que se puede encuadrar en una misma categoría específica la representación voluntaria y la legal, sobre la base común de los efectos que se producen en otra esfera jurídica, sin indagar si entre ambas formas existen diferencias específicas capaces de imponer el encuadramiento en dos subcategorías especiales⁽³⁰⁰⁾. Ello sin perjuicio de que, como ya se dijo al analizar su

(300) A nuestro parecer, esta también es la falencia metodológica de la teoría normativa del negocio jurídico. Como es sabido, esta sostiene que las reglas derivadas de la celebración de un negocio jurídico también forman parte de la "Pirámide de Kelsen", ocupando la base de la misma, mientras en la cúspide se encuentra la Norma Fundamental, o sea, la Constitución. Sin embargo, desde la cúspide hasta el lugar inmediato anterior al que ocupa el negocio jurídico según esta teoría, existe un rasgo común: el interés público. Este interés se encuentra totalmente ausente en el último lugar de la pirámide, puesto que los negocios jurídicos no significan la realización de tal clase de intereses, sino de intereses netamente privados. En consecuencia, dentro de la pirámide propuesta por la corriente normativa, se pueden distinguir claramente dos grupos, uno conformado por todas las normas jurídicas, desde la cúspide de la Pirámide hasta el penúltimo lugar, mientras que el otro grupo solo estará conformado por el negocio jurídico. Partiendo de la consideración-como lo vimos en el capítulo I de esta tesis- de que el interés es pieza esencial en la construcción del sistema jurídico, no parece adecuado que prescindiendo de la naturaleza de los intereses involucrados y solo centrando la atención en un aspecto de apariencia formal, se quiera englobar en una sola categoría al negocio jurídico junto a las normas jurídicas, sin atender al hecho de que dicha naturaleza impone la necesidad de un encuadramiento del negocio jurídico en una categoría distinta. Ahora bien, la esencia de esta observación crítica no se desvirtúa argumentando que tal diferencia de intereses es tomada en cuenta cuando se habla de normas jurídicas públicas (desde la cúspide de la Pirámide hasta el penúltimo lugar) y de normas jurídicas privadas (el último lugar), puesto que estas denominaciones tan solo grafica una semejanza puramente formal, de apariencia. No tenemos ningún problema en aceptar tal nomenclatura,

naturaleza, la situación jurídica “poder de representación” que en sí ostentan los representantes, pueda ser considerado como un elemento análogo en ambas clases de representación.

pero con ella no se salva la diferencia de fondo (ocasionada por la fundamental diferencia de intereses en juego), que hace que las normas públicas y las privadas no puedan ser objeto de aplicación de una misma doctrina o consideración jurídica. Si tal aplicación no puede darse, no se ve la necesidad de mantener en una sola categoría al negocio jurídico junto con las normas jurídicas, puesto que la agrupación de entidades en una categoría, como magistralmente ha sustentado Carnelutti, solo se puede justificar si dicha aplicación es posible.

CAPÍTULO III

**Apuntes sobre algunos
problemas conceptuales
que aquejan a nuestra
doctrina y jurisprudencia**

CAPÍTULO III

APUNTES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES QUE AQUEJAN A NUESTRA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

I. ¿REALMENTE PUEDE AFIRMARSE, COMO COSA EVIDENTE, QUE EL ACTO DE UN GERENTE SIN PODER ES INEFICAZ, Y NO NULO?

En este apartado no pretendo más que llamar la atención sobre un problema que, al menos en mi opinión, no es de simple solución. Tal problema, que en la práctica adquiere una importancia meridiana, es usualmente –por no decir siempre– ignorando por nuestra doctrina.

La explicación de esta situación es sencilla: de por medio existe una interrogante que ampliamente se ha considerado sin mayor importancia a nivel práctico, debido a que se suele entender que da lo mismo cualquiera de las dos posibles respuestas que se adopte.

El problema al que hago referencia es el siguiente: en la doctrina nacional se sostiene, sin mayor cuestionamiento, que los actos de los llamados “representantes orgánicos” sin “poder”⁽³⁰¹⁾ son ineficaces, no nulos. Sin embargo, como veremos a continuación, existen interesantes argumentos para sostener todo lo contrario: que tales actos no son ineficaces, sino nulos.

(301) En más de una ocasión haré referencia al representante sin poder de manera general, queriendo con ello indicar el caso del representante que no tiene poder alguno (*falsus procurator*) o, teniendo poder, no tiene el suficiente para llevar a cabo un negocio jurídico determinado.

Evidentemente, usted, amable lector, y yo podemos estar convencidos de la ineficacia de los actos en cuestión, pero ello en nada afecta la existencia de argumentos que proponen, con entusiasmo, lo contrario y frente a los cuales nuestra doctrina ha guardado silencio (porque supone que carece de relevancia práctica establecer si la representación orgánica es o no un genuino supuesto de representación) lo que contribuye de manera importante a que nuestros jueces (y seguramente árbitros también), en estos casos, se vean ante un serio aprieto.

Si bien los supuestos de “representación orgánica” son variados, voy a referirme al que, sin duda alguna, es el más emblemático: el del gerente de una sociedad anónima.

1. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria sobre el problema: la ineficacia del acto del gerente sin “poder”

Durante buen tiempo, vigente el actual Código Civil, nuestra Corte Suprema consideró que el negocio jurídico (o acto jurídico, para ser fiel a la nomenclatura usada por dicho código) celebrado por un representante sin poder era anulable, de conformidad con la posibilidad de “subsanación” contemplada en el artículo 230 del Código Civil. Así, sobre la base de un injustificado enfoque reduccionista que también confundía gruesamente los conceptos de confirmación y ratificación, se entendía que un negocio “defectuoso” podía ser nulo o anulable, dependiendo de si el defecto que contenía podía o no subsanarse. No existía lugar para una tercera posibilidad.

Este enfoque fue absolutamente imperante durante los años noventa en nuestra Corte Suprema. Así puede compararse al examinar varias decisiones de aquellos años, como las siguientes:

En la resolución emitida el 17/07/1996 (Cas. N° 100-95-LIMA) **J1**, la Corte Suprema asimila la confirmación a la ratificación, para concluir que el artículo 161 del Código Civil regula supuestos de anulabilidad:

“Que al establecer el Artículo doscientos veinte del Código Sustantivo que la nulidad del acto jurídico no puede subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el artículo ciento sesentiuono del mismo dispositivo legal, invocado como fundamento de la nulidad del acto jurídico, sí puede ser ratificado, de acuerdo con lo expresado por el artículo ciento sesentidós del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad”.

Idéntico criterio maneja esta corte en la resolución de fecha 05/06/1998 (Cas. N° 2192-97-CHIMBOTE) **J2**:

“El artículo 162 del Código Civil permite la ratificación del acto jurídico del representante, cuando se ha excedido de los límites de las facultades que se le hubiera conferido, lo que determina que se trata de un acto jurídico anulable, porque el acto nulo no puede ser ratificado”

La Corte Suprema, en la resolución de fecha 13/08/1999 (Cas. N° 738-99-CAÑETE) **J3**, procede a equiparar, sin más, ineficacia y anulabilidad:

“Cuando el apoderado se excede de las facultades otorgadas, en principio el acto resulta ineficaz frente a su representado, pero este puede ratificarlo, de tal manera que solo el representado y no otro puede objeto el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo; por consiguiente el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y no puede ser alegada por otra persona que aquella en cuyo beneficio lo establece la ley”.

Por último, en la resolución emitida el 18/07/2000 (Cas. N° 926-2000-LIMA) **J4**, se reitera este mismo orden de ideas:

“Los actos jurídicos celebrados por el representante legal excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido, no pueden ser objeto de nulidad, sino de anulabilidad, porque pueden ser ratificados o confirmados”.

La situación vino a cambiar debido a que, con acierto, evaluaciones realizadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, a inicios de la década siguiente, entendían que la ineficacia es un fenómeno distinto al de la invalidez⁽³⁰²⁾. Es por tal motivo que encontramos, desde hace unos años, resoluciones

(302) Como es sabido, a la luz de lo dispuesto en nuestro Código Civil, existen dos tipos de ineficacia en materia de negocios jurídicos: i) la invalidez (que comprende la nulidad y la anulabilidad) y ii) la ineficacia en sentido estricto. La invalidez es una sanción jurídica que se impone al negocio que presenta “irregularidades”, o sea, que al menos uno de sus componentes esenciales no presenta alguna de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento. La ineficacia en sentido estricto, en cambio, se refiere a los negocios válidos (sin “irregularidades”) que no producen efectos por ciertas razones ajenas a algún vicio de tipo estructural. La invalidez implica un análisis sobre el plano estructural, en tanto que la eficacia sobre el plano de los efectos. Como se podrá advertir, el “rechazo” o “condena” por parte del ordenamiento al contenido mismo de un negocio jurídico, implica invalidez, no ineficacia en sentido estricto (al respecto, dentro de lo más reciente a nivel local, puede

emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema que consideran que el acto del representante sin poder no es anulable, sino ineficaz, resaltando también que en estos casos tampoco puede hablarse de nulidad en virtud del inciso 1 del artículo 219 del Código Civil (nulidad de negocio jurídico por falta de manifestación de voluntad):

Así, se tiene la resolución de fecha 20/01/2003 (Cas. N° 2596-02-LIMA) **J5**, en la cual la máxima corte judicial no confunde la ineficacia con supuestos de invalidez:

“Que, al respecto debemos señalar, que conforme al artículo ciento sesenta y uno del Código Civil, cuando el apoderado se excede en sus facultades el acto deviene en ineficaz con relación a su representado, asumiendo el representante responsabilidad frente al representado como frente a los terceros; norma que debe concordarse necesariamente con el artículo ciento sesentidós del Código Civil, según el cual para el caso del artículo ciento sesentiuno, el acto puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración, de donde debe concluirse necesariamente que al ser el acto ratificable no puede padecer de nulidad, de modo que se ha aplicado indebidamente el artículo doscientos diecinueve incisos sexto y sétimo del Código Civil”.

La distinción entre ineficacia y supuestos de invalidez también se plasma en la resolución de fecha 05/12/2006 (Cas. N° 3777-2006-LAMBAYEQUE) **J6**:

“Que, el supuesto de exceso de representación o ausencia de la misma no puede considerarse como un caso de invalidez del acto jurídico, porque no afecta la estructura misma del negocio, sino que se trata de un acto ineficaz y que no produce efectos en relación al representado, porque el representante se ha excedido en su representación o simplemente no existe poder; constituyendo este caso un supuesto especial de ineficacia del acto jurídico. Sexto.- Que, teniendo en cuenta la diferencia expresada anteriormente, el acto jurídico celebrado por el representante excediendo su poder o cuando no exista el mismo, puede

verse: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 483 y ss.). Al respecto, permítaseme remitir también a Fort Ninamancco Córdova ¿Realmente la inexistencia del negocio jurídico es algo diferente a la nulidad en el Código Civil peruano? Ser o no ser, esa es la cuestión: el ser y el no ser del negocio jurídico. En: *Actualidad Jurídica*. T. 206, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011, p. 81 y ss.

conllevar a la ratificación del acto jurídico por el representado, conforme al artículo 162 del Código Civil, supuesto que resulta ser diferente al caso de la confirmación del acto jurídico que prevé el artículo 231 del mismo Código y que se aplica para el acto jurídico que sufre de una causal de anulación para efectos de sanear el vicio que lo contiene; no pudiendo en este sentido confundirse ambas instituciones, como lo ha efectuado la Sala de mérito; ni confundirse la naturaleza de lo previsto en el artículo 161 del anotado cuerpo legal, que prevé un supuesto particular de ineficacia del acto jurídico, con la disposición del artículo 221 del acotado, que prevé el supuesto de anulación del acto jurídico”.

En la resolución de fecha 28/03/2007 (Cas. N° 2368-06-AREQUIPA) **J7**, la distinción es expresada por la Corte Suprema con mayor contundencia:

“Que, por lo demás, no es cierto que la sentencia esté ‘obligando’ a la empresa codemandada a interponer la acción de nulidad en los términos que hoy interpone el demandante, sino que advierte que en los casos de representación defectuosa como la que se denuncia en la demanda (y es la única causal de nulidad en la que se sustenta), es a la representada a quien asistiría el derecho de promover la ineficacia (y no la nulidad) de los actos que la afectan; de otro lado, nadie niega el interés para obrar de la demandante al pretender la declaratoria de nulidad de los dos actos jurídicos por cuyo mérito se obligó frente al Banco Continental (acreedora de la Empresa de Transportes Don Herrando Sociedad de Responsabilidad Limitada), pues es evidente que con la demanda la actora pretende sustraerse de las obligaciones comprometidas, sin embargo, también es cierto que su pretensión se sustenta en una causal no idónea para tal fin, pues la ley no le concede la legitimidad requerida, sino únicamente a la representada”.

Es muy importante mencionar que este trinomio de pronunciamientos judiciales resuelven casos referidos a gerentes que carecían de poder para celebrar ciertos negocios jurídicos a nombre de la sociedad de la cual formaban parte. Siendo ello así, podemos concluir dos cosas con facilidad:

- i) A diferencia de lo que ocurría en otros periodos, nuestra máxima autoridad judicial ya ha demostrado no confundir los supuestos de ineficacia en sentido estricto con los supuestos de invalidez, de manera que ha considerado –con acierto– que los negocios jurídicos realizados por

el representante sin poder no son nulos ni anulables, sino ineficaces –con relación al supuesto representado– de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 del Código Civil y,

- ii) para los casos de negocios realizados por gerentes sin “poder”, la máxima instancia judicial aplica sin más el citado artículo 161. Ello simplemente porque el gerente es considerado como un representante de la sociedad.

Sobre el primer punto, como es fácil advertir, me interesa bastante poco discutir puesto que constituye una idea que nadie puede seriamente cuestionar hoy en día. El segundo punto es el que me interesa:

Nuestra doctrina actúa de la misma forma que la Corte Suprema de la República, toda vez que entiende que los negocios jurídicos realizados por el gerente que no tiene facultades para ello son supuestos que con suma facilidad se encuadran dentro de la regulación contenida en el mencionado artículo 161.

En efecto, basta tener presente que un importante sector de opinión ha sostenido, que los supuestos paradigmáticos de aplicación del artículo 161 del Código Civil se refieren a los negocios celebrados por un gerente que no cuenta facultades suficientes⁽³⁰³⁾.

Un sector de la doctrina mercantil nacional es menos específico toda vez que no señala si el negocio jurídico celebrado por un gerente sin poder es nulo, anulable o ineficaz en sentido estricto, ya que solo indica –parafraseando al artículo 13 de la Ley General de Sociedades– que tales negocios no obligan a la sociedad, cosa que –ciertamente– ocurre tanto si se considera que dicho negocio es nulo o ineficaz en sentido estricto⁽³⁰⁴⁾. Otra opinión relevante en el ámbito mercantil sí parece ser más puntual, señalando que los negocios jurídicos realizados por un gerente sin poder serían ineficaces, no inválidos⁽³⁰⁵⁾.

(303) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 144 y ss; en idéntico sentido: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Idemsa, Lima, 2012, p. 454.

(304) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano*. Normas Legales, Lima, Trujillo, 2001, pp. 44, 389 y 390.

(305) Veo difícil que se pueda entender otra cosa de las páginas de BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 86, 464 y 465.

2. Crítica a la doctrina dominante: el gerente no es representante, sino órgano, por lo que su actuación “sin poder”, se reconduce a la figura del negocio bajo nombre ajeno

Es evidente que la doctrina dominante que se acaba de reseñar entra en crisis si se niega la calidad de representante al gerente ¿Pero el gerente no es, acaso, el representante por excelencia de la sociedad? Pues existen razones de mucho peso para sustentar una respuesta negativa.

Pero antes de abordar tales razones, no resulta ocioso volver a destacar que no debe dudarse de que si se concluye que el gerente no es representante, no debe aplicarse el artículo 161 del Código Civil a estos casos, ya que éste está diseñado-como su propio texto lo indica expresamente- para ser aplicado a hipótesis de representación. De este modo, tenga facultades o no el gerente al celebrar un negocio jurídico para la sociedad a la que pertenece, ello constituirá un supuesto extraño a la representación, siendo –en consecuencia– impertinente la aplicación del tantas veces mencionado artículo 161.

Pues bien, para empezar a criticar a la tesis dominante, debe tenerse presente primero que a nivel nacional e internacional se suele hablar de tres tipos de representación: i) la representación voluntaria, ii) la representación legal, y iii) la representación orgánica. El primer tipo es aquél donde el poder de representación deriva de un negocio jurídico de apoderamiento realizado por el representante. El segundo tipo implica que el poder de representación no deriva de un acto voluntario, sino de un dispositivo legal. Finalmente, la tercera se refiere a los supuestos de la actuación de las personas jurídicas a través de sus órganos⁽³⁰⁶⁾.

Empero, existe una muy extendida corriente de opinión respecto a la naturaleza de la representación orgánica, puesto que un importante sector de la doctrina alemana ha negado que la “representación orgánica” sea una auténtica representación. Así es, esta doctrina señala que “los órganos de las personas jurídicas son, si bien se mira, representantes de la voluntad” misma de la persona jurídica, y esto porque se debe concebir a la persona jurídica como un ser con plena capacidad de obrar que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados por dichos órganos dentro del círculo

(306) La clasificación es ampliamente difundida en los diversos manuales y tratados. Entre nosotros: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 232-233; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit. p. 368 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit. p. 121 y ss.

de la competencia de cada uno de ellos valen o se consideran como actos de la persona jurídica de modo que no existe intermediación de ningún tipo⁽³⁰⁷⁾.

En este mismo sentido, un autorizado autor advierte que “debe ser diferenciada de la persona del representante la del órgano de la persona jurídica (...). En efecto, en el terreno del Derecho Privado, la representación supone una neta y absoluta separación entre las dos esferas jurídicas del representante y el representado, de tal forma que haga aparecer posible, al menos abstractamente, que el negocio produzca sus efectos en persona de quien lo realiza. Ahora bien, semejante separación, con la consiguiente posibilidad, está a priori excluida por la posición del órgano, especialmente cuando éste no sea una persona singular que pueda, abstractamente, efectuar el negocio para sí. El órgano carece, en cuanto tal, de una individualidad jurídica propia y distinta, diferente e independiente de la de la persona de que es órgano; forma un todo con esta persona y sus actos son referidos a ella como propios”⁽³⁰⁸⁾.

Decididamente en este sentido, otro ilustre autor afirma que:

“De la misma manera que la representación la obtuvo respecto a la gestión, así respecto a la representación ha adquirido autonomía con muchas dificultades la figura del órgano representativo de la persona jurídica (...). Tanto los órganos internos de deliberación y de ejecución como los órganos externos encargados de la actividad jurídica de relación con los terceros desarrollan una actividad que hay que imputar directamente a la persona jurídica”⁽³⁰⁹⁾.

En este mismo orden de ideas, una autorizada doctrina española afirma que, en estos casos, no hay acto de la persona natural para la jurídica, sino de ésta para ésta⁽³¹⁰⁾. Un sector de la más reciente doctrina italiana señala que la distinción entre órgano y representante debe ser conservada, fundamentalmente en tópicos vinculados a actos ilícitos⁽³¹¹⁾.

(307) Al respecto, es emblemática la posición de LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. Traducción de José María Navas. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp. 436- 627 y ss.

(308) BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de Antonio Martín Pérez. Comares, Granada, 2000, p. 499.

(309) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas general de Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luna Serrano. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 336.

(310) ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958, p. 349.

(311) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción del Nélvor Carreteros, al cuidado de Eugenia Ariano. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 299.

Al revisar importante doctrina sobre el tema, se puede apreciar que si bien los estudiosos utilizan la denominación “representación orgánica”, con ello hacen referencia a supuestos que, en rigor, no pertenecen al fenómeno de la representación propiamente dicha. Esta denominación, en consecuencia, terminar por adquirir un significado técnico bastante peculiar⁽³¹²⁾.

Así las cosas, debe entenderse que cuando un sujeto se irroga la calidad de gerente de una sociedad al momento de contratar con un tercero, en rigor no se irroga la calidad de representante de esta persona jurídica, sino que intenta presentarse como la persona jurídica misma, al pretender hacer creer a los terceros que ostenta la calidad de órgano de dicha persona. Y es que, a la luz de lo expuesto en torno a la representación orgánica, son situaciones plenamente distintas el pretender ser representante de un determinado sujeto de derecho, que el pretender ser un órgano del sujeto de derecho mismo. Si se sigue esta premisa conceptual, no cabe duda de que en estos casos estaríamos ante un supuesto de suplantación, lo que ineludiblemente trae a colación la figura del negocio jurídico bajo nombre ajeno.

En efecto, no hay representación en el caso de quien, utilizando un nombre ajeno, se hace pasar por otro sujeto. Adviértase que aquí no se toma un nombre al azar, sino que se toma uno que pertenece a otro sujeto, para hacerse pasar por él. El sujeto que toma el nombre ajeno se presenta al tercero una identidad distinta de la real, empleando de este modo el nombre de un sujeto que permanece extraño al negocio así celebrado⁽³¹³⁾. Al respecto ha dicho una autorizada doctrina alemana:

“La actuación bajo nombre ajeno solo forma parte de la problemática de la representación en los casos en los que el que actúa se presenta en el negocio jurídico como si fuera otro, y en el sentido de su actuación es que el negocio deba ser un negocio del otro, esto es, del titular del nombre. El que declara suscribe una declaración escrita con el

(312) Junto a los autores ya citados, obran de este modo: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJE, Buenos Aires, 1979, p. 412; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. T. I. Vol. 2. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 705.

(313) TOMASSETTI, Claudio. *La rappresentanza*. UTET, Torino, 2005, p. 115.

nombre del representado, o la emite, en un negocio jurídico entre presentes, como propia del titular del nombre”⁽³¹⁴⁾.

En nuestro caso, el sujeto se presenta como un órgano de la persona jurídica (gerencia), lo que técnicamente implicaría presentarse como la persona jurídica misma. De este modo, el sujeto no está obrando en nombre ajeno, sino que jurídicamente pretendería mostrar que obra la persona jurídica misma, por medio de su respectivo órgano, claro está.

¿Cuáles son los efectos del negocio jurídico celebrado bajo nombre ajeno? ¿Nulidad, anulabilidad o ineficacia? Pues el asunto no es del todo sencillo y la doctrina no se muestra pacífica. Así es, desde la perspectiva del tercero contratante, podría decirse que se trata de un supuesto de anulabilidad por causa de dolo, ya que el suplantador habría inducido a la contraparte a incurrir en un error esencial *in personam* (se infundió la creencia de estar contratando con una persona jurídica, cuando en realidad no era así). Pero, desde la perspectiva del verdadero titular del nombre, podría decirse que no estaríamos ante una patología de representación, sino que estaríamos ante –nada más y nada menos– un defecto en la declaración de voluntad del sujeto mismo (la sociedad en este caso). El acto del gerente sin poder no sería, por consiguiente, ineficaz, sino más bien nulo por constituir un supuesto de falta de manifestación de voluntad (la declaración que se le imputa a la persona jurídica, en realidad nunca fue emitida por esta). En tal sentido, no sería pertinente la aplicación del artículo 161 del Código Civil, sino la del inciso 1 del artículo 219 del mismo cuerpo legal.

Una reputada doctrina italiana ha expresado esta situación con especial rigor:

“El usurpador asume, como propio, el compromiso contractual, en tanto que el contrato permanece privado de efectos respecto a la persona cuyo nombre fue usurpado”.

Sin embargo, la idea según la cual el contrato –por regla general– debe ser referido al declarante que contrata bajo nombre ajeno, no es pacífica en la doctrina.

(314) FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de Esther Gómez Calle y José María Miquel González. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 906.

Una opinión opuesta⁽³¹⁵⁾ refiere el contrato a la persona cuyo nombre toma el contratante y reputa nulo el contrato por falta de consentimiento, en cuanto la parte a la que se refiere el contrato no manifiesta ninguna voluntad negocial (...). Pero en doctrina tiende a afirmarse la orientación que hace depender la atribución del contrato al declarante o al verdadero titular del nombre de la interpretación objetiva de la voluntad contractual. Siendo más precisos, el contrato debería referirse exclusivamente al verdadero portador del nombre cuando, según la interpretación del contrato mismo, no es relevante la persona física del declarante, sino solo la persona cuyo nombre él toma⁽³¹⁶⁾. En este mismo sentido se ha pronunciado una autorizada doctrina alemana:

“Sí se considera problemático, hasta en tiempos recientes, que sean aplicables las normas de la representación a la actuación bajo nombre ajeno (...). Cuando en la actuación bajo nombre ajeno, el negocio jurídico deba ser, según el sentido de la declaración, un negocio del titular del nombre, es irrelevante si el que actúa bajo nombre ajeno hace la declaración usando el pronombre en primera persona. En este caso, el *yo* se refiere, en lo que afecta al negocio como norma, al titular del nombre. La indicación del nombre, en este caso, no es solo **afirmación de hechos**, sino que pertenece al contenido de la declaración, en cuanto que por ella se fundamenta una regla negocial como tal del titular del nombre (...). En contra de Larenz, hay que decir que es una cuestión de interpretación decidir si el negocio celebrado bajo nombre ajeno es un negocio del titular del nombre. No depende de las intenciones internas de los que actúan⁽³¹⁷⁾.

Como se puede observar, considerar que el gerente no es representante, sino órgano, de una persona jurídica, hace que el análisis de los negocios que celebre sin facultades, se vea arrojado al espinoso tema del negocio bajo nombre ajeno, pudiéndose así sustentar su nulidad en base que el negocio no puede simplemente ser atribuido al usurpador, al ser el nombre del usurpado esencial en el contrato, y al no haber este (su órgano correspondiente) efectuado declaración de ninguna clase.

(315) Se cita el libro de Gabriello Piazza, titulado *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico* (Napoli, 1968).

(316) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. T. III. Giuffrè, Milano, 1987, p. 62.

(317) FLUME, Werner. *Ob. cit.*, pp. 907 y 908.

3. Una cuestión donde supuestamente importaría poco la respuesta adoptada

Resulta curioso que por un lado se sostenga que la representación orgánica no es una genuina representación y, por otro lado, se afirme sin vacilar que los negocios celebrados por un gerente sin facultades constituyen casos paradigmáticos de aplicación del mentado artículo 161. Y es que se obvia que lo que correcto –y coherente con esta forma de ver las cosas– es considerar que tal negocio es uno celebrado bajo nombre ajeno.

Así es, en nuestro medio, se sostiene mayoritariamente que el órgano de una persona jurídica no es un representante, aunque esté provisto de facultades, pero al mismo tiempo se propugna la aplicación del artículo 161 del Código Civil para los casos de negocios realizados por gerentes carentes de facultades. Y es que la calificación de negocio bajo nombre ajeno, es un argumento de nulidad que no ha sido advertido por nuestra doctrina⁽³¹⁸⁾.

Esto ocurre porque se ha considerado que no tiene mucha relevancia práctica determinar si el órgano de una persona jurídica es o no un verdadero representante. Se entiende que la cuestión es de índole estrictamente académico, razón por la cual –en el plano de la praxis– daría lo mismo afirmar o negar la calidad de representante auténtico al órgano de una persona jurídica. Acabamos de ver, sin embargo, que tal asunto se halla bastante lejos de tener una relevancia puramente académica.

Efectivamente, si concebimos al gerente como un verdadero representante, no habría mayor inconveniente en aplicar la normativa contenida en el artículo 161 del Código Civil para aquellos casos donde el gerente actúe sin las facultades necesarias. Empero, si negamos la calidad de representante al gerente, se abren las puertas de par en par para sostener la aplicación del inciso 1 artículo 219 del mismo código a tales casos, con base en que nos encontraríamos ante un caso de negocio celebrado bajo nombre ajeno, estando ausente la declaración de voluntad de quién necesariamente debió haber participado en la celebración de tal negocio. Y esto, como es palmario, tiene unas repercusiones prácticas enormes: si se adopta el primer enfoque, el negocio podría ser

(318) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *El negocio jurídico*. Studium, Lima, 1986, pp. 125 y 126; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 233; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 372; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., pp. 124 y 125. Dedicar un breve escrito exclusivamente a destacar estas ideas y concluir que el órgano no es un representante en sentido propio: VELARDE SAFFER, Luis. “La mal llamada ‘representación orgánica’”. En: *Themis*. N° 57. PUCP, Lima, 2009, p. 233.

ratificado por la sociedad y, así, el tercero contratante no podría evitar quedar vinculado al negocio. En cambio, si el segundo enfoque es el acogido, el negocio no podría ratificarse y el tercero contratante no quedaría en ningún caso vinculado al negocio.

¿Para salvar el inconveniente denunciado puede plantearse la idea de que si bien el órgano de una persona jurídica no es un representante, a nivel de efectos jurídicos debe entenderse que sí lo es de conformidad con el artículo 93 del Código Civil⁽³¹⁹⁾?

La idea es interesante, ya que este artículo reenvía directamente a las normas sobre representación en los casos de actos realizados por directos de asociaciones, de modo que lo mismo –por analogía– debería ocurrir respecto a los negocios de gerente de una sociedad. No obstante, semejante idea puede también ser refutada sin problemas por la tesis que argumenta la nulidad del negocio celebrado por un gerente sin facultades:

En efecto, si se entiende que un hecho jurídico no es otra cosa que un acontecimiento o evento producido por el hombre o la naturaleza, que se encuentra descrito en la parte hipotética de una norma con el fin de que se produzca ciertas consecuencias jurídicas al verificarse en el plano de la realidad⁽³²⁰⁾, podemos plantear el asunto en términos de interpretación, dejando de lado a la integración.

Así, frente a dos supuestos de hecho (el del representante genuino y el del gerente de una sociedad), tendríamos dos posibilidades: i) entender que ambos supuestos de hecho producen los mismos efectos jurídicos, o ii) entender que ambos supuestos de hecho producen efectos diferentes. Si consideramos que ambas posibilidades son válidas (es hartó sabido que las normas jurídicas, casi siempre, admiten más de una interpretación válida⁽³²¹⁾), ciertamente habría

(319) Como lo afirma ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 125.

(320) Al respecto: BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 6; PATTARO, Enrico. *Elementos para una teoría del Derecho*. Traducción de Ignacio Ara Pinilla. Debate, Madrid, 1991, pp. 48 y ss; GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albetosa. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 21; SACCO, Rodolfo. *Il fatto, l'atto, il negozio*. UTET, Torino, 2005, pp. 13 y ss.

(321) Aunque es usual olvidarlo, la validez de una interpretación depende, al final del día, de su respeto a la letra del texto de las normas que son objeto de interpretación. Entonces, al ser el lenguaje humano naturalmente ambiguo, no son pocas las ocasiones donde se pueda plantear más de una interpretación (al respecto: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 28 y ss.; TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milán, 1980, pp. 67 y ss; DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1982,

que optar por la segunda opción porque ésta le otorga mayor sentido o efectos a las normas analizadas (en la interpretación jurídica es famosísima la regla según la cual frente a dos posibles interpretaciones, hay que optar por aquella que otorgue mayor eficacia a la norma objeto de interpretación⁽³²²⁾).

En tal sentido, para patrocinar una interpretación que otorga mayor eficacia a la Ley General de Sociedades, puede afirmarse que antes de optar por una interpretación normativa que genere una laguna en esta ley especial (y, por ende, se justifique la aplicación por analogía del artículo 93 del Código Civil), es preferible optar por la interpretación que no genera tal laguna.

En rigor de verdad, el artículo 93 del Código Civil es una norma prescindible. Con esto no quiero decir que su contenido sea criticable, sino que su ausencia estaría lejos de generar una genuina laguna. Así es, si tal norma no estuviera consagrada en nuestra codificación civil, pues simplemente se aplicarían, para las asociaciones, las reglas generales de responsabilidad civil, considerando que se trata de un órgano, antes que de un sujeto distinto a la persona jurídica que funge de representante. De modo que, el negocio que celebrara un presidente de consejo directivo sin estar facultado para ello, debería ser visto como un supuesto de la figura del negocio jurídico bajo nombre ajeno, pudiéndose sustentar la nulidad de conformidad con los argumentos ya expuestos. Como se podrá advertir, esta es la solución general para todas las personas jurídica según una coherente aplicación de la teoría del órgano. Empero, las asociaciones están excluidas de esta solución en base citado artículo 93. Pero esta excepción no puede ciertamente aplicarse por analogía, no solo porque así lo ordena el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, sino porque impone forzosamente la existencia de una laguna donde no la hay.

De esta forma, se concluye que los efectos del negocio jurídico llevado a cabo por un gerente sin facultades deben ser entendidos como un supuesto diferente a los negocios del representante sin poder, no siendo aplicable por analogía la normativa especial para las asociaciones que reenvía a las reglas de la representación negocial.

No podría decirse, entonces, que los efectos del negocio del gerente sin poder no están regulados en la Ley General de Sociedades, haciendo precisa la

pp. 195-199; PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1979, p. 193).

(322) TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 371.

aplicación por analogía del artículo 93 del Código Civil. Por el contrario, tales efectos están establecidos en el artículo 13 de la Ley General de Sociedades.

Ahora bien, en defensa de la tesis mayoritaria, puede argumentarse que si bien es verdad que no podría aplicarse el artículo 93 del Código Civil por analogía, ello no sería necesario para aplicar las reglas sobre representación a los órganos de la sociedad, ya que el artículo 13 de la Ley General de Sociedades emplea el término “representación”. Pero tampoco considero que la tesis contraria sea débil frente a esta última consideración.

Efectivamente, no existe ningún inconveniente en sostener que el artículo 13 se expresa en términos de “representación orgánica” que no constituiría un supuesto genuino de representación. Como ya se vio, los estudiosos designan como “representación orgánica” a un supuesto donde no existiría representación propiamente dicha. Además, adviértase que no cabría entender otra cosa si es que se quiere ser coherente con la idea que nadie –ni siquiera la doctrina mayoritaria– cuestiona: el órgano no es representante.

Nótese que la premisa aceptada por ambos puntos de vista, la representación orgánica no es una real representación, guarda mayor sintonía con esta última interpretación de nuestra normativa societaria.

Ahora bien, es de la máxima importancia tener claro que entender al artículo 13 de la Ley General de Sociedades como una mera reproducción incompleta del artículo 161 del Código Civil es algo sumamente cuestionable desde la óptica de la interpretación jurídica, máxime si es factible optar por otra interpretación que sí le otorgue un sentido jurídico útil, esto es un sentido o significado distinto al de la norma del Código Civil.

De esta manera, se puede concluir que el legislador mercantil habría tomado un rumbo distinto en materia de representación de personas jurídicas, alejándose de lo establecido por el legislador civil, cosa por demás factible ya que las legislaciones especiales incluso pueden contradecir al derecho común⁽³²³⁾.

(323) Que la representación de las asociaciones tenga un diseño legal bastante distinto al de la representación de las sociedades es algo de lo más natural ya que todo legislador dispone de un arbitrio al escoger los supuestos de hecho, y ligar a ellos efectos jurídicos (IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales y Leysser León. Grijley, Lima, 2004, p. 140). Es precisamente por esto también que existe el famoso criterio de la especialidad para solucionar los supuestos de antinomias normativas (al respecto: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1992, p. 191 y ss.).

4. Aproximación a una posible solución

Como podemos ver, lo que se considera como evidente, tiene no poco de cuestionable bien vistas las cosas. Y es que no hay duda de que no le faltan buenos pivotes a quien quiera sostener la nulidad del negocio celebrado por un gerente sin facultades.

Ahora bien, ¿cuál posición es la correcta? Responder a esta pregunta no es mi objetivo. Insisto, sólo he querido llamar la atención sobre el hecho de que un asunto considerado claro, resulta tener varios puntos de duda razonable. De igual manera, a la luz de lo expuesto, puede afirmarse que es equivocada la idea que entiende que no tiene relevancia práctica determinar si la representación orgánica es o no una verdadera representación.

Sin embargo, no creo que la respuesta esté en tratar de vencer la argumentación que sirve de sostén a la idea de la nulidad de los negocios jurídicos del gerente sin facultades. Ni mucho menos en seguir sosteniendo la ineficacia de tales negocios sin analizar los argumentos de la posición contraria, cosa absurda a todas luces.

Aunque parezca paradójico, pienso que el meollo del asunto estriba precisamente donde todos estarían de acuerdo: la negación de calidad de representante al órgano de la sociedad.

¿Hay razones poderosas para seguir distinguiendo al órgano del representante? ¿Existe en la realidad de los hechos una diferencia sustancial entre un gerente que celebra un contrato para la sociedad a la que pertenece y un tercero ajeno a la sociedad que también celebra un contrato para la misma por encargo de la junta general de accionistas?

La idea que acepta que existe una “ensimismación” entre el órgano y la persona jurídica, no hace más que patrocinar la famosa teoría del órgano sobre las personas jurídicas o colectivas.

Los fundamentos primarios de la teoría del órgano, que no son de Otto von Gierke y que datan de las primeras décadas del siglo XIX, pertenecen a Georg Beseler y fueron producto de los estudios de este jurista prusiano en torno a las particularidades de las *Genossenschaft* en el Derecho alemán⁽³²⁴⁾.

(324) Para esto y para las referencias que siguen a continuación: FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury. Reus, Madrid, 1929, p. 168 y ss.

Los enfoques antropomórficos de las entidades sociales son muy antiguos. Basta recordar que Platón entendía que el Estado era un hombre en grande y en la edad media, por influencia de Juan de Salisbury y Nicolás de Cusa, imperó la idea de concebir al Estado como un organismo natural. Incluso en los escritos del Barón de Montesquieu y Juan Jacobo Rousseau se pueden apreciar tendencias antropomórficas sobre la concepción del Estado.

En el transcurso del siglo XIX, sin embargo, los enfoques “biológicos” dejan de ser simples metáforas y parangones para transformarse en verdaderas definiciones de contenido real. Así, Paul von Lilienfeld, un prominente científico social ruso, llega a establecer una descripción grotesca de la sociedad, distinguiendo en ella la célula, el tejido conectivo, los vasos sanguíneos, el cerebro y hasta sus nervios motores. No faltaron quienes plantearon ideas no menos estridentes, por las cuales el ministro de Estado resultaba ser la nariz y, aunque suene a broma, hasta el sexo se distinguía en los organismos sociales, cuando el jurista suizo Johann Bluntschli afirmaba que el Estado era del género masculino y la Iglesia del femenino. En ese orden de ideas, el pandectista Julius Baron se esforzó en demostrar que para el Derecho Romano los entes colectivos tenían tanta personalidad real y natural como los *paterfamilias*.

Más adelante, si bien se dejaron más o menos de lado estas equiparaciones biológicas descabelladas, autores prestigiosos como Carl Salkowski, Albert Bolze y Ernst Zitelmann intentaron construir el concepto de persona jurídica del modo más real posible, es decir que trataron de prescindir a toda costa de cualquier tipo de abstracción formal al momento de diseñar tal concepto, partiendo de miras opuestas y llegando a construcciones dispares.

Fue finalmente el famoso Otto von Gierke el artífice de la versión más acabada de la teoría del órgano o también llamada realista, cosa que no es de sorprender, ya que este autor dedicó alrededor de cuarenta años al estudio del tema. El célebre jurista alemán entendía que las personas jurídicas eran personas compuestas, de manera que su unidad llega a ser realidad plena como un genuino organismo social, teniendo, en consecuencia, una estructura orgánica, o sea un “cuerpo”, con “cabeza”, “miembros” y “órganos funcionando”. Pero como estructura social se diferencia de una simple estructura natural en su esencia interior, pues sus componentes son en sí seres humanos. Debido a esto, en la persona jurídica las relaciones de la vida interna son posibles de contar con un ordenamiento jurídico y serán creadas como relaciones jurídicas, cosa que no ocurre con la vida interna de los seres humanos. Sin embargo,

como no podía ser de otro modo, los enfoques antropomórficos y las constantes referencias al término biológico “órgano” son huella distintiva de su tesis, tratando de expectorar –como sus antecesores– cualquier elemento de orden jurídico formal de la esencia de las personas jurídicas.

Me adhiero a la tesis que rechaza la teoría del órgano, considerando que las personas jurídicas, en el ordenamiento nacional, tienen una autonomía formal que es decisiva para comprender su esencia, cosa incompatible con el núcleo de la teoría del órgano⁽³²⁵⁾.

Como lo ha resaltado una autorizada doctrina:

“(…) aludir al concepto **persona jurídica** no supone encontrar un **algo** diverso a aquellas personas naturales. Decir **persona jurídica** no conduce a ningún ente o cosa u organismo alguno, a ningún ente real o abstracto, sino solo a una organización de personas que realiza fines valiosos”⁽³²⁶⁾.

En ese orden ideas, pienso que se choca contra lo que efectivamente acontece en la realidad de las cosas cuando se afirma que “en un escenario práctico, si una persona contrata, por ejemplo, con el presidente del consejo directivo de una asociación, si bien es cierto que **ontológicamente** está interactuando con una persona natural, desde un plano **jurídico**, lo está haciendo con la propia persona jurídica, a través de su órgano”⁽³²⁷⁾. Y es que, en la realidad de los hechos, las tan acusadas diferencias –entre el representante y el órgano de una persona jurídica cualquiera– tienden a desaparecer y nos empuja a pensar que, efectivamente, la actuación legal de las personas colectivas requiere de una especial manera de verdadera representación. Veamos⁽³²⁸⁾:

- i) Desde el punto de vista del tercero contratante, este procura asegurarse de no estar celebrando un negocio jurídico con la persona natural a título personal, sino que esta actúa en nombre de otro. Así, el resultado práctico-jurídico que habrá de producir el negocio no repercutirá en la

(325) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Huallaga, Lima, 2001, p. 412. Llama la atención que este autor niegue en esta obra la teoría del órgano, pero –como vimos– la acepte en su otra obra ya citada.

(326) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Grijley, Lima, 2001, p. 188.

(327) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Responsabilidad de los directivos”. En: AA. VV. *Código Civil comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 349.

(328) En sentido análogo a lo que se expone a continuación: DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1992, p. 70 y ss.

esfera jurídica de la persona natural, sino que se imputará a la persona jurídica. El tercero, como se aprecia con sencillez, usualmente procederá ante el órgano de la persona jurídica del mismo modo que lo haría ante cualquier representante: se asegurará de las facultades con que cuenta y del título con que actúa.

- ii) En relación con la eficacia del negocio concluido por el órgano, no se aprecia tampoco ninguna diferencia trascendental con la eficacia del negocio celebrado por un representante que cuenta con suficiente poder: a) no se imputan los efectos a la persona natural, sino a la persona jurídica, b) las responsabilidades, al final del día, no las asume el órgano en sí mismo ni la persona jurídica, sino personas naturales.

Así las cosas, en estos asuntos deberíamos pensar seriamente en la posibilidad de alejarnos de la línea seguida por gran parte de la doctrina extranjera – fundamentalmente la italiana- y seguir el sendero marcado por nuestro propio Código Civil, y la realidad de las cosas dicho sea de paso, para dejar de lado la teoría del órgano y descartar que exista una “ensimismación” entre el gerente –como tal– y la sociedad.

II. ¿EL NEGOCIO REPRESENTATIVO ES CELEBRADO POR EL REPRESENTADO Y NO POR EL REPRESENTANTE, COMO DECÍA SAVIGNY? ¿QUÉ OCURRE CON EL NEGOCIO REPRESENTATIVO SI EL NEGOCIO DE APODERAMIENTO ES NULO, ANULABLE O INEFICAZ? ALGUNAS INTERROGANTES NO ANALIZADAS POR NUESTRA DOCTRINA, A PROPOSITO DE LA CAS. N° 115-2010-LAMBAYEQUE

Ya vimos que la doctrina, acertadamente por cierto, se muestra uniforme al señalar que el acto realizado por un representante sin poder es ineficaz, no nulo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 161 del Código Civil. Vimos también que la Corte Suprema, en la década de los noventa, consideraba que dicho acto era anulable, pero en decisiones de la década pasada parecía haberse decantado por la postura enarbolada por la doctrina, al declarar la ineficacia de dicho acto. Sin embargo, en la Cas. N° 115-2010-LAMBAYEQUE **J8**, se ha entendido que hay nulidad por falta de manifestación de voluntad cuando se suscribe un pagaré en nombre de una sociedad, careciendo de las facultades respectivas, mismas que debían ser otorgadas por el directorio. Según la sentencia, esto sería así porque en el proceso se acreditó “la inexistencia de un acuerdo de directorio que autorice la suscripción del pagaré sub litis”. No

obstante, esta consideración resulta inexacta, simplemente porque el directorio no tiene participación alguna en el acto representativo.

Como se recordará de la primera parte del presente trabajo, Savigny sostenía que el representante no era más que un órgano del representado, de modo que cuando se realizaba un acto representativo, debía jurídicamente entenderse que era el propio representando quien actuaba, sin intermediación alguna. Bien vistas las cosas, esta idea es la que sirve de soporte a los considerandos de la Corte Suprema en la resolución mencionada.

En efecto, en tal resolución se indica:

“(…) habiéndose emitido pronunciamiento en las sentencias recaídas en este proceso respecto a la validez del referido pagaré, concluyéndose que la empresa demandante no expresó válidamente su voluntad al no encontrarse expresada a través de un acuerdo de directorio, además de no representar el referido pagaré derecho patrimonial alguno en la medida que las instancias de mérito han concluido que no se ha acreditado el desembolso del importe consignado en el título valor, lo que lo invalida; de lo cual se infiere que la declaración de nulidad dispuesta en las referidas sentencias abarca tanto el acto jurídico como el pagaré mismo, por lo que deviene en desestimable el agravio invocado por la recurrente Banco Financiero”.

No debe haber dudas de que, bajo tal orden de ideas, la Corte Suprema considera que si el gerente hubiera suscrito el pagaré con las facultades suficientes, en dicha suscripción, en realidad, habría participado el directorio que confirió tales facultades. Es decir, que la declaración de otorgamiento de facultades que efectúa el directorio al gerente, es la declaración que forma parte del negocio (suscripción de título valor) que éste efectúa. De este modo, según el criterio de la máxima instancia judicial, jurídicamente no existe declaración de suscripción, pese a que el gerente declaró, porque el directorio no declaró conferir las facultades necesarias. Ergo, jurídicamente la declaración que se toma en cuenta en la suscripción del pagaré no es la del gerente, sino la del directorio. No hay duda, esta línea de pensamiento es idéntica a la teoría del órgano de Savigny.

Ya en su momento se expusieron las críticas que la teoría de Savigny nunca pudo superar, razón por la cual fue abandonada por la doctrina en pleno siglo XIX. No hay duda de que la Corte Suprema está empleando el método de análisis de la teoría del órgano del legendario profesor de Marburgo: quien

actúa en el negocio representativo no es quién ostenta las facultades, sino quien las otorga.

Tomando en cuenta las referidas críticas, es evidente que la mentada causal de nulidad, contemplada en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, se refiere a la manifestación de quien participa en la celebración del acto, por lo que si el representado no declara otorgar poder, ello no cuenta para la configuración del supuesto de nulidad en mención⁽³²⁹⁾.

Evidentemente, estas consideraciones no tienen lugar en caso de que se aplique coherentemente la teoría del órgano. Si el directorio no otorgó las facultades para la suscripción del pagaré, pues se tendría una gerencia que no se encuentra autorizada para efectuar tal suscripción. Si pese a ello, lo hace, el desperfecto negocial se encontraría en la declaración misma del órgano, por lo que aquí sí tendría sentido aplicar la nulidad sobre la base del argumento de que se trata de un negocio jurídico celebrado bajo nombre ajeno. Empero, es claro que la Corte Suprema, ni por asomo, toma este argumento como referencia.

Por otra parte, dejando de lado la teoría del órgano, cabe preguntarse qué ocurre si el directorio otorgó el poder de forma defectuosa. Pues podría impugnarse el acto de tal otorgamiento, en este caso un acuerdo de directorio. Se tendría que sostener que el gerente actuó en base a un apoderamiento nulo ¿Esto significa que el negocio celebrado por el gerente sería nulo? Por supuesto que no. Si el apoderamiento resulta nulo, ello quiere decir que el gerente actúa sin facultades, por lo que el negocio representativo sería ineficaz, de ningún modo nulo.

(329) Por otra parte, la sentencia plantea la siguiente interrogante: ¿se traiciona el principio de congruencia si el juez, en virtud del iura novit curia, declara la ineficacia, cuando en la demanda se peticiona la nulidad? La Corte claramente indica que sí. Empero, un sector de nuestra doctrina ha respondido negativamente. Al parecer ésta entiende que, en la práctica, al demandante le interesa que el acto no tenga fuerza vinculante para el representado, por lo que debería entenderse que el demandante peticiona la ineficacia, no la nulidad. Así no se viola el aludido principio. Pese a esto, creo que la cuestión es no poco discutible ¿Realmente, en la praxis, es lo mismo que el juez declare la ineficacia o la nulidad? Solo una respuesta positiva puede justificar igual respuesta para la interrogante anterior. Si el acto es declarado nulo, las partes no tienen ninguna posibilidad de acordar su puesta en vigencia, cosa que sí es viable en caso se declare la ineficacia. De hecho, si se declara la ineficacia, podría darse el caso de que el derecho (potestativo) de ratificación subsista. Esto es imposible si el juez declara la nulidad. Hay que cuidarse del riesgo de enviar a la comunidad un mensaje erróneo como este: da lo mismo solicitar nulidad en lugar de ineficacia. Pienso que mejor es persistir en llamar la atención de los jueces para que, en estos casos, en lugar de aplicar el iura novit curia y prescindir del principio de congruencia al sentenciar, apliquen el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil al momento de calificar la demanda.

Dentro de la perspectiva manejada por la Corte Suprema, un defecto en el apoderamiento, necesariamente implicaría un defecto en el negocio representativo celebrado por el representante, porque para dicha corte, como se ha visto, la declaración del representado es la que cuenta en la configuración del negocio representativo. Empero, existe una resolución, de fecha 17/12/2004 (Cas. N° 178-2004-LIMA) **J9**, donde el máximo tribunal ha mostrado un mejor criterio:

“(…) surge inmediatamente la interrogante de que es lo que entonces sanciona con nulidad el artículo 156 del código sustantivo; que este artículo establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad; texto que concordado con lo establecido en los artículos 161 y 162 del mismo código se puede concluir que la sanción de nulidad establecida en el artículo 156 está referida a la formalidad del otorgamiento de representación para celebrar el acto de disposición del representado y no en relación a los actos de disposición en sí mismos efectuados por el falso procurador sin contar con facultades; actos que son perfectamente separables”.

Como es fácil observar, se distingue claramente la invalidez del apoderamiento de la invalidez del negocio representativo. Con certeza, aquí se sigue la teoría de la representación: la declaración que cuenta en el negocio representativo es la del representante, la del representado sólo a efectos de valorar el negocio de apoderamiento, de manera que la validez del negocio de apoderamiento es “perfectamente separable” de la validez del negocio representativo. Por consiguiente, la nulidad del negocio de apoderamiento únicamente da lugar a la ineficacia del negocio representativo, no a su nulidad.

Pero existe un supuesto más interesante ¿Qué ocurre si el negocio de apoderamiento es anulable? La anulabilidad es un supuesto de invalidez, pero su forma de operar, como bien sabido es, resulta muy distinta a la de la nulidad. El negocio anulable, en tanto que no se anule, produce sus efectos jurídicos típicos. Acá me permito recordar lo que, con base en una autorizada doctrina europea, señalé en otra sede sobre la invalidez:

“La validez importa establecer que el negocio no tenga defectos o vicios en alguno de sus componentes, pues si los tuviera el negocio devendría en inválido. Es muy gráfica la doctrina que indica que la validez significa que los componentes del negocio cumplen con las **directrices** que para ellos establece el sistema jurídico. El negocio

válido es, pues, un negocio jurídicamente *regular*. Es fácil entender a la invalidez, entonces, como **irregularidad jurídica**.

La invalidez tiene dos tipos: la nulidad y la anulabilidad. La nulidad se presenta cuando el defecto o vicio que aqueja al negocio involucra intereses que el ordenamiento jurídico considera relevantes para toda la comunidad, o sea intereses **no disponibles** por los particulares que celebran el negocio (...). La anulabilidad, en cambio, se tiene cuando la **irregularidad** del negocio únicamente afecta intereses particulares, que son, por consiguiente, **disponibles** por la o las partes.

(...) si un negocio es inválido, esto no significa que el mismo ineludiblemente será ineficaz, toda vez que puede ocurrir que el negocio sea inválido y, al mismo tiempo, eficaz ya que alcanza a producir sus efectos normales o típicos. Veamos:

Si al analizar la validez de un determinado negocio jurídico, concluimos que el mismo adolece de una **irregularidad** que origina nulidad, pues –en el plano de la eficacia– se podrá observar que el negocio no producirá las consecuencias a las cuales está dirigido, es decir, será absolutamente ineficaz. En cambio, si concluimos que el negocio presenta una **irregularidad** que conlleva la anulabilidad, pues –en el plano de la eficacia– será posible apreciar que el negocio producirá inicialmente y sin mayor inconveniente las consecuencias a las cuales está dirigido, aunque éstas puedan ser **extinguidas** en un momento posterior (por ello, en sede de anulabilidad, se suele hablar de **eficacia precaria**)⁽³³⁰⁾.

Así las cosas, no es correcto sostener que el apoderamiento anulable ocasiona también la ineficacia del negocio representativo. La razón es simple, pese a tal anulabilidad, en tanto no exista la anulación, el representante adquiere sin problema el poder de representación y, por ende, lo que haga como tal repercutirá en la esfera jurídica del representado. Para arrebatar eficacia al negocio representativo, se tendría que anular el negocio de apoderamiento y, como consecuencia de ello, hacer que el negocio representativo devenga en ineficaz. Esta ineficacia será de carácter retroactivo, tal como la tiene la anulación del apoderamiento, de conformidad con lo estipulado en el artículo 222 del Código Civil. Ciertamente no se plantearían dos procesos distintos, ya que

(330) NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *¿Realmente la inexistencia es algo distinto a la nulidad en el Código Civil peruano?* Ob. cit., pp. 83 y 84.

la acumulación de pretensiones es perfectamente viable: la anulación del apoderamiento sería la pretensión principal, mientras que la ineficacia del negocio representativo constituiría la pretensión accesoria.

Finalmente, cabe preguntarse qué sucede con el negocio representativo si el apoderamiento no es nulo, ni anulable, sino ineficaz. Podría suceder, por tomar un ejemplo de representación en personas jurídicas, que un poder para efectuar un negocio determinado sólo pueda ser otorgado al gerente por junta general de accionistas, mas no por el directorio, por mandarlo así el estatuto.

A partir de aquí, se pueden plantear un par de escenarios patológicos diversos:

- i) Pese a lo dispuesto en el estatuto, el directorio acuerda otorgar poder para tal negocio al gerente, quien procede a celebrarlo. El acuerdo del directorio bien podría ser considerado nulo, de tal suerte que el gerente actuaría sin poder alguno, lo que haría ineficaz al negocio representativo ¿Cabe ratificación del negocio representativo? Por supuesto que sí, pero no mediante una ratificación o confirmación del acuerdo de directorio (que adolece de un defecto insubsanable por contradecir flagrantemente el estatuto, a menos que se pretenda hacer una modificación de estatuto, pero analizar esto último escapa a nuestra temática), sino mediante la intervención de la junta general de accionistas.
- ii) Pese a lo dispuesto en el estatuto, el directorio se irroga indebidamente facultades de representación de la junta general de accionistas y procede a conferir poder al gerente para efectuar tal negocio, quien procede a celebrarlo. El apoderamiento, a diferencia del caso anterior, no podría ser considerado inválido tan fácilmente. Más bien, podría entenderse que es ineficaz, dado que ha sido otorgado por un órgano excediéndose de sus facultades de representación. Al ser ineficaz, el apoderamiento no produce efectos y, por consiguiente, el gerente actuaría sin poder alguno, razón por la cual el negocio representativo que éste celebre, sería también ineficaz ¿Cabe la ratificación del negocio representativo? No sería necesaria, en realidad. Si el acto de apoderamiento realizado por el directorio es ratificado (siempre que se le entienda como un acto de extralimitación de facultades de representación) ¿Qué necesidad existiría de ratificar el negocio representativo llevado a cabo por el gerente? Recuérdese que la ratificación tiene efecto retroactivo, tal como lo establece el artículo 162 del Código Civil. De este modo, la ratificación del apoderamiento del directorio tendría

efectos desde su realización, lo que conlleva que jurídicamente se considere que el gerente sí recibió las facultades representativas de parte del directorio.

Fuera del ámbito de las personas jurídicas, la ineficacia del apoderamiento puede plantearse a propósito de la delegación del poder. Si un representante delega el poder sin encontrarse facultado para ello, la delegación es ineficaz, lo que hace ineficaz el negocio representativo del delegado. Pero si el representado ratifica la delegación, sin duda ya no se precisa la ratificación de dicho negocio representativo. Lo mismo cabe afirmar en torno a la figura de la sustitución.

Ciertamente la buena fe del tercero queda a salvo siempre. Sí este se encontraba imposibilitado de conocer las causas de invalidez o ineficacia, las mismas no le resultan oponibles en ningún caso.

No quiero poner fin a estas páginas sin expresar mi gratitud a los amables lectores o lectoras que hayan tenido la gentileza de acompañarme hasta aquí. Quedan cosas en el tintero, qué duda cabe, pero confío en haber alcanzado los –modestos– objetivos trazados en mis palabras preliminares.

ANEXO

Jurisprudencia sobre representación

JURISPRUDENCIA SOBRE REPRESENTACIÓN

J1

CAS. N° 100-95-LIMA

Representación directa sin poder: Ratificación y anulabilidad del acto jurídico

“(...) Al establecer el Artículo doscientos veinte del Código Sustantivo que la nulidad del acto jurídico no puede subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el Artículo ciento sesentinueve del mismo dispositivo legal (referido a la representación directa sin poder), invocado como fundamento de la nulidad del acto jurídico, sí puede ser ratificado, de acuerdo con lo expresado por el Artículo ciento sesentidos del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad”.

Lima, dos de agosto de mil novecientos noventa y seis

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la causa vista en audiencia pública el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la Sociedad Inmobiliaria “La Prudencial” Sociedad Anónima, mediante escrito de fojas cuatrocientos doce contra la sentencia de fojas cuatrocientos nueve, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la

apelada de fojas trescientos veintidós de fecha quince de julio de mil novecientos novecicuatro declaró infundada la demanda de nulidad del acto jurídico, dejando a salvo el derecho correspondiente a fin de que lo hagan valer con arreglo a ley, en los seguidos con el Banco Continental y otros.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La demandante funda su recurso en lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, señalando que la Sala inferior ha inaplicado las normas de derecho material establecidas en el inciso sétimo del Artículo doscientos diecinueve y Artículo ciento cincuentiséis del Código Civil y que se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso ya que habiéndose omitido un acto de saneamiento, no cabe una sentencia sustentada en la existencia de defecto al proponer la demanda, por lo que la resolución impugnada es contraria a lo que establece en forma expresa el Artículo cuatrocientos sesentiséis del Código Civil.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que concedido el recurso de casación a fojas cuatrocientos veintiuno, se ha declarado la procedencia de dicho recurso, mediante resolución de siete de setiembre de mil novecientos novecicinco, por las causales invocadas;

Segundo.- Que se sostiene la inaplicación del inciso sétimo del Artículo doscientos diecinueve del Código Civil fundada en que el Artículo ciento sesentiuno de dicho Código dispone que el acto celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y frente a terceros y que también es ineficaz ante el supuesto representado, el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la responsabilidad que se le atribuye;

Tercero.- Que al establecer el Artículo doscientos veinte del Código Sustantivo que la nulidad del acto jurídico no puede subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el Artículo ciento sesentiuno del mismo dispositivo legal, invocado como fundamento de la nulidad del acto jurídico, sí puede ser ratificado, de acuerdo con lo expresado por el Artículo ciento sesentidós del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad;

Cuarto.- Que importando la demanda, una acción de anulabilidad, no resulta de aplicación lo dispuesto por el inciso sétimo del Artículo doscientos diecinueve del Código Civil, referida a la nulidad del acto jurídico;

Quinto.- Que en cuanto a la inaplicación del Artículo ciento cincuentiséis del Código Civil, hay que tener en consideración que siendo la actora una sociedad anónima, se encuentra regulada por la Ley General de Sociedades, que respecto a los acuerdos del Directorio, solo dispone en su Artículo ciento sesentiocho que deben constar en un libro de actas legalizado conforme a ley y que tampoco obliga a que consten por escritura pública, porque en su Artículo cuarto señala que el contrato social y todo acto que lo modifique debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro, exigencia que no establece para los acuerdos del Directorio.

Sexto.- Que el acuerdo del directorio de catorce de noviembre de mil novecientos noventiuno, no ha sido objeto de impugnación, ni de acción de nulidad, ni tampoco consta en autos que exista acción de responsabilidad contra los directores.

Sétimo.- Que en este proceso se ha pretendido la nulidad del acto jurídico del contrato de constitución de hipoteca y la nulidad del asiento de inscripción, sin que previamente se haya impugnado el acuerdo del directorio que lo aprobó, por lo que dicho acuerdo del directorio surte sus efectos jurídicos, mientras judicialmente no se declare su invalidez, por lo que tampoco resulta de aplicación el Artículo ciento cincuentiséis del Código Civil.

Octavo.- Que en relación con la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso es necesario señalar que el saneamiento se ha verificado sobre una pretensión de nulidad del acto jurídico del contrato de constitución de hipoteca y de su inscripción en el registro y ello no impide que el juzgador desestime la demanda, porque el pretensor debió accionar previamente la ineficacia del acuerdo de directorio que aprobó la constitución de hipoteca, razón por la cual deja a salvo el derecho correspondiente a fin de que lo haga valer conforme a ley, por lo que no existe contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

Noveno.- Que en consecuencia no se presentan las causales previstas por los incisos primero y tercero del Artículo trescientos ochentiséis del Código

Procesal Civil, por lo que aplicando el Artículo trescientos noventiocho del mismo.

SE RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADO el Recurso de Casación de fojas cuatrocientos doce interpuesto por Sociedad Inmobiliaria “La Prudencial” Sociedad Anónima y dispusieron la multa de dos unidades de referencia procesal y la condenaron al pago de las costas y costos del proceso; en los seguidos por Sociedad Inmobiliaria “La Prudencial” Sociedad Anónima con Banco Continental y otros; sobre nulidad de acto jurídico; **DISPUSIERON:** que la presente resolución se publique en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. RONCALLA; ROMÁN; REYES; VÁSQUEZ; ECHEVARRÍA.

CAS. N° 2192-97-CHIMBOTE

Representación: Ratificación del acto jurídico del apoderado

La escritura de poder especial otorgada por la poderdante no facultaba a la apoderada para obtener préstamos en su beneficio personal con la garantía hipotecaria de los inmuebles de su poderdante, sin embargo, dicha escritura fue aclarada mediante una segunda escritura en la que sí se lo facultó expresamente para tal fin. Al haberse otorgado la misma con posterioridad a la del préstamo con garantía hipotecaria que celebró la apoderada en su beneficio personal y con la garantía de los inmuebles de su representada ello implica una ratificación del acto jurídico del mutuo con garantía hipotecaria y restricción contractual.

Lima, 5 de junio de mil novecientos noventaiocho

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa N° 2192-97, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se Trata del Recurso de Casación interpuesto por el Banco Wiese Limitado, mediante escrito de fojas 128 contra la resolución emitida por la Sala Civil Mixta Decentralizada de Chimbote de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 121, su fecha 12 de setiembre de 1997, que revocando la apelada de fojas 91, fechada el 23 de junio del año próximo pasado, declara fundada la demanda de fojas 17.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La casación se fundó en los tres incisos del artículo 3876 del CPC, sustentada en a) la aplicación indebida del inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, porque el artículo 156 de dicho Código solo se refiere a la facultad para

gravar el inmueble y no la de disponer del préstamo en beneficio personal; b) inaplicación de los artículos 161, 162, 166 del Código Sustantivo, por ser aplicables al caso las normas que regulan la rectificación y la confirmación del acto jurídico por tratarse de un acto anulable y no nulo como se ha resuelto; y, c) porque se ha incumplido el inciso 4 del artículo 122 del Código Adjetivo por carecer la resolución de claridad y precisión de lo que se decida y ordena, respecto de los puntos controvertidos, porque la declararse en el fallo materia de casación fundada la demanda, se ha resuelto nulo el acto jurídico, celebrado entre Mercedes Rufina Rodríguez Ventura de Aldave con el Banco Wiese Limitado, en cuanto grava el inmueble de la demandante dejando a salvo el contrato celebrado entre los demandados sobre Garantía Hipotecaria y restricción contractual.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación fue concedido a fojas 36 y fue declarado procedente por resolución de fecha 24 de diciembre de 1997, por las causales invocadas.

Segundo.- Que, primero es preciso examinar la causal referida al inciso tercero del artículo 386, porque de declararse fundada ya no cabe el pronunciamiento sobre las otras causales.

Tercero.- Que, la actora en el petitorio de su demanda solicita la anulabilidad de mutuo de garantía hipotecaria y restricción contractual, por lo que se gravó el inmueble de su propiedad sito en la Urb. Veintiuno de Abril, zona B, Mz. 27, Lt. 11, Chimbote, por haberse extralimitado su apoderada en el poder que le confirió.

Cuarto.- Que, en el contrato cuya anulabilidad se pretende con la demanda contiene un crédito a favor de doña Mercedes Rufina Rodríguez Ventura de Aldave, garantizado con el inmueble de la propiedad de la actora, en la que interviene como apoderado de ella la propia deudora.

Quinto.- Que, dentro de la tesis de la resolución de vista de que el poder especial que otorgó doña Dionicia Rosas Cerna a favor de doña Mercedes Rufina Rodríguez Ventura de Aldave con fecha 15 de agosto de 1995, no facultaba a la mencionada apoderada para obtener un préstamo en su beneficio personal, resulta pertinente que solo se pronuncia el juzgador sobre la hipoteca que consideró irregularmente otorgada y se mantenga el contrato, en lo que se refiere a la deuda contraída por doña Mercedes Rufina Rodríguez Ventura

de Aldave, por lo que la causal invocada en el inciso 3 del artículo 386 debe desestimarse.

Sexto.- Que, para el examen de las otras dos causales invocadas, es preciso analizar si se ha tratado de un acto jurídico nulo o anulable, el que es materia del proceso.

Sétimo.- que, al efecto hay que considerar que en la demanda se pretende la anulabilidad del acto jurídico.

Octavo.- Que, el artículo 162 del Código Civil permite la ratificación del acto jurídico del representante, cuando se ha excedido en los límites de las facultades que se le hubiera conferido, lo que determina que se trata de un acto jurídico anulable porque el nulo no puede ser ratificado.

Noveno.- Que, asimismo el artículo 166 de dicho Código se refiere a la anulabilidad del acto jurídico concluido por el representante consigo mismo;

Décimo.- Que, en consecuencia no tratándose de un acto jurídico nulo sino anulable, resulta aplicado indebidamente el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil.

Undécimo.- Que, si bien la escritura de poder especial otorgada por doña Dionicia Rosas Cerna a favor de doña Mercedes Rufina Rodríguez Ventura de Aldave, el 15 de agosto 1995 no facultaba a la apoderada para obtener préstamos en su beneficio personal con la Garantía Hipotecaria de los inmuebles de su mandante, dicha escritura fue aclarada por la del 5 de octubre de 1995, en que sí se lo facultó expresamente para tal fin.

Duodécimo.- Que, como la escritura de aclaración de poder fue otorgada con posterioridad a la del préstamo con garantía hipotecaria que celebró la apoderada en su beneficio personal y con la garantía de los inmuebles de su representada ello implica una ratificación del acto jurídico del mutuo con garantía hipotecaria y restricción contractual.

Décimo tercero.- Que, resultan así inaplicados el artículo 162, vinculado con el artículo 161 del Código Civil y el artículo 166 de dicho Código, porque con la escritura de aclaración de poder, el representado autorizó específicamente a la apoderada para que obtenga el préstamo en su beneficio personal y con la garantía hipotecaria de los bienes inmuebles de doña Dionicia Rosas Cerna.

Décimo cuarto.- Que, presentándose las causales de los incisos 1 y 2 del artículo 386 del C.P.C., no se puede declarar nulo ni anulable el acto jurídico materia del proceso, por lo que por las razones expuestas y de conformidad con el inciso primero del artículo 396 del código adjetivo.

DECLARARON FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas 128, y en consecuencia declararon **NULA** la resolución de vista de fojas 121, su fecha 12 de setiembre de 1997, y actuando en sede de instancia; **CONFIRMARON** la sentencia apelada a fojas 91 de fecha 23 de junio de 1997, que declaró infundada la demanda de fojas 20, con lo demás que contiene; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, en los seguidos por Dionicia Rosas Cerna con Banco Wiese Limitado y otra, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico, y los devolvieron.

Adquisición de derechos en favor de un tercero: Facultades del representante

No es necesario contar con facultad para adquirir derechos en favor de un tercero. Es el caso de la persona que adquiere un bien y declara que hace la compra por encargo y con dinero de un tercero, que es quien finalmente recibe el dominio. Sucede igual cuando se quiere hacer un pago para tercero, pues cualquier persona puede efectuarlo.

En cambio, nadie puede obligar a otro sin su autorización.

El acto jurídico celebrado por un apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y esta anulabilidad no puede ser alegada por otra persona que aquella en cuyo beneficio la ley la establece.

Lima, trece de agosto de mil novecientos noventinueve

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número setecientos treinta y ocho-noventinueve, con el acompañado; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO:

El Banco Internacional del Perú recurre en casación de la sentencia de vista de fojas ciento ochenticinco pronunciada por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Cañete el veinticinco de enero del presente año, que confirmando la apelada de fojas ciento cuarenticuatro, del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, declara fundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por Representaciones Alpamayo Sociedad Anónima y nula la escritura pública del tres de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, de préstamo con garantía hipotecaria, con los demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de esta Sala Suprema del tres de mayo del presente año se ha declarado procedente el recurso por las causales de los incisos primero y segundo del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en: a) interpretación errónea del Artículo ciento sesentiuno del Código Civil, porque si bien dicho dispositivo establece que el acto jurídico celebrado en la forma que señala es ineficaz con relación al representado, no se puede invocar dicha ineficacia para una tercera persona; b) aplicación indebida del Artículo doscientos diecinueve del Código Civil porque la nulidad no puede subsanarse, en cambio el acto jurídico que se cuestiona es subsanable vía ratificación prevista por el Artículo ciento sesentidós del Código Civil; y c) inaplicación del Artículo ciento sesentidós del Código Civil; que permite la ratificación del acto jurídico en los casos previstos por el Artículo ciento sesentiuno, observando la forma prescrita para su celebración, que es lo que ha ocurrido en el presente caso.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que Representaciones Alpamayo Sociedad Anónima demanda se declare la nulidad del acto jurídico contenido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre el Banco Internacional del Perú y K y M Distribuidores Sociedad de Responsabilidad Limitada, con intervención de la sociedad conyugal compuesta por don Jesús Alfonso Koo Chiok y doña Julia Marita Magallanes Pérez de Koo y por consiguiente nula la escritura correspondiente, en razón de que el representante del Banco actuó de manera unipersonal y debió hacerlo mancomunadamente con otro funcionario, de acuerdo con los poderes que se le otorgó.

Segundo.- Que las sentencias de mérito han establecido que en dicho acto jurídico intervino el Banco Internacional del Perú Sucursal de Cañete, representado por su administrador el señor Víctor Chávez Romero, faltando la intervención de otro funcionario de dicho Banco en la celebración de dicho acto jurídico, incumplándose de esta manera los alcances del poder de fojas sesentisiete (motivo quinto de la apelada y segundo de la de vista).

Tercero.- Que dentro de la patología del acto jurídico, nuestra legislación claramente distingue los actos jurídicos nulos de los meramente anulables. Son nulos y por tanto inexistentes aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales de este, cuando sea contrario a normas imperativas o sea ilícito,

como enumera el Artículo doscientos diecinueve del Código Civil; en cambio es meramente anulable cuando el acto adolece de ciertos defectos, pero existe y produce sus efectos, como establecen los Artículos doscientos veintiuno y doscientos veintidós del mismo Código.

Cuarto.- El acto jurídico puede ser celebrado por representación, y es más, las personas jurídicas necesariamente deben ser representadas, desde que no tienen existencia física, y el apoderado que interviene en esas circunstancias, actúa en virtud de un mandato, que es un contrato nominado, regulado en el capítulo cuarto del título noveno de la sección contratos del Código Civil, que establece los derechos y obligaciones de ambas partes.

Quinto.- Que empero, para adquirir derechos para un tercero no es necesario contar con facultad para ello, como el caso de la persona que adquiere un bien y declara que hace la compra por encargo y con dinero de un tercero, que es quien finalmente recibe el dominio; al igual que para hacer un pago, pues cualquier persona puede hacerlo; en cambio nadie puede obligar a otro sin su autorización, como así resulta de lo dispuesto en los Artículos mil ochocientos nueve, mil ochocientos diez y mil doscientos veintidós del Código Sustantivo.

Sexto.- Que cuando el apoderado se excede de las facultades otorgadas, conforme a la regla del Artículo ciento sesentiuno del Código Civil, en principio el acto resulta ineficaz frente a su representado; pero éste puede ratificarlo conforme a la norma del Artículo ciento sesentidós siguiente, de tal manera que sólo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de su simple interpretación gramatical, lo que determina la interpretación errónea hecha por las sentencias de mérito de la primera norma citada y la pertinencia, por relación de causalidad, de la segunda y por tanto evidente el vicio de su inaplicación denunciado por el recurrente.

Sétimo.- Que en consecuencia, el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y no puede ser alegada por otra persona que aquella en cuyo beneficio la establece la Ley, como dispone el Artículo doscientos veintidós del Código Civil, lo que determina la aplicación indebida del Artículo doscientos diecinueve del mismo, en que se sustentan las sentencias de instancia.

Octavo.- Que en tal virtud, la demandante no está legitimada para demandar la nulidad del acto jurídico en cuestión, en el que además no ha sido parte; por estos fundamentos, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo trescientos noventiséis inciso primero del Código Procesal Civil.

DECLARARON FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto a fojas ciento noventicinco; en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento ochenticinco, su fecha veinticinco de enero del presente año; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento cuarenticuatro, fechada el veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, y **REFORMÁNDOLA**, declararon: **INFUNDADA** la demanda de fojas ochentiocho, subsanada a fojas cien, con costas y costos; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Representaciones Alpamayo Sociedad Anónima con el Banco Internacional del Perú Sucursal Cañete y otros, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron.

SS. ORTIZ B.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ECHEVARRÍA A.; CASTILLO LA ROSA S.; ALVA S.

Representación: Exceso de límites

Los actos jurídicos celebrados por representante legal, excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido, no pueden ser objeto de nulidad, sino de anulabilidad (...) la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común (...) el acto jurídico queda confirmado si la parte a quien corresponde la acción de anulabilidad, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad, al sostener la validez de la transacción.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número novecientos veintiséis - dos mil, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Inmobiliaria Irfesu Sociedad Anónima, mediante escrito de fojas trescientos setenticuatro contra la sentencia emitida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima de fojas trescientos cincuentidós, su fecha diecisiete de diciembre del año próximo pasado, que confirmando la apelada de fojas doscientos cuatro, su fecha veintiocho de enero del mismo año, declara infundada en todos sus extremos la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que concedido el recurso de casación a fojas trescientos noventiocho fue declarado procedente por resolución de fecha dieciocho de mayo del año en curso, por la causal contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos

ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en la inaplicación de los artículos ciento cincuenticinco, ciento cincuentiséis y ciento sesentisiete inciso segundo, doscientos diecinueve inciso primero y artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil, porque el Gerente de una persona jurídica tiene poder general para actos de administración distintos al poder especial que comprende los actos para los cuales ha sido conferido de manera expresa, en forma indubitable y por escritura pública bajo sanción de nulidad y porque para celebrar una transacción el representante legal o Gerente de una persona jurídica requiere autorización expresa y si no la tiene, la transacción es nula e ineficaz, por ser contrarias a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, los actos jurídicos celebrados por el representante legal, excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido, no pueden ser objeto de nulidad sino de anulabilidad, porque pueden ser ratificados o confirmados de acuerdo a lo establecido en los artículos ciento sesentinueve, doscientos treinta y doscientos treinta y uno del Código Civil.

Segundo.- Que, el artículo doscientos veintiséis del Código Civil dispone que la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

Tercero.- Que, en este caso, la demandante no está invocando su propia incapacidad, sino la de la otra parte, por lo que resulta de aplicación el dispositivo legal antes citado.

Cuarto.- Que, más aún el artículo doscientos treinta y uno del Código Sustantivo dispone que el acto jurídico queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de nulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

Quinto.- Que, la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo American Excellent Limitada, cuyo representante según la actora carecía de facultad para celebrar la transacción, no solamente ha ejecutado en forma total la transacción, sino que inequívocamente ha puesto de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad, al sostener la validez de la transacción en este proceso.

Sexto.- Que, por ello no resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos ciento cincuenticinco, ciento cincuentiséis, ciento sesentisiete inciso segundo, doscientos diecinueve inciso primero y artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil.

Sétimo.- Que, por las razones expuestas y no presentándose la causal contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil y aplicando el artículo trescientos noventa y ocho del Código Adjetivo.

DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Inmobiliaria Irfesu Sociedad Anónima a fojas trescientos setenticuatro, contra la sentencia de vista de fojas trescientos cincuentidós su fecha diecisiete de diciembre del año próximo pasado; **CONDENARON** al recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Inmobiliaria Irfesu Sociedad Anónima contra Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo American Excelent Limitada y otros sobre nulidad de acto jurídico y otros; y los devolvieron.

SS. URRELLO A.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ROMÁN S.; ECHEVARRÍA A.; DEZA P.

Representación: Tránsito de los límites de las facultades del representante

Cuando el apoderado se excede en sus facultades el acto deviene en ineficaz con relación a su representado, asumiendo el representante responsabilidad frente al representado como frente a los terceros. El acto puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración, por ello, al ser el acto ratificable no puede padecer de nulidad, pues el exceso por parte del representado deriva en la ineficacia y no en la nulidad del acto jurídico.

Lima, veinte de enero del dos mil tres

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa dos mil quinientos noventa y dos mil dos, con los acompañados, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas cuatrocientos ochenticuatro, interpuesto por el Bancosur contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setentiocho emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el cuatro de julio del dos mil dos, que confirma la apelada de fojas trescientos cincuenticinco, del veintitrés de octubre del dos mil uno, que declaró fundada la demanda de fojas treinticuatro, subsanada a fojas cuarentitres; y en consecuencia nulo el acto jurídico de constitución de hipoteca otorgado por SOFISA a favor de Financiera Nacional SA (hoy Bancosur), con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de este Supremo Tribunal de fecha cuatro de octubre del dos mil dos, se ha declarado la procedencia del recurso por las causales de los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, al haberse denunciado: a) La aplicación indebida de los incisos sexto y séptimo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, en lo que refiere a que en la suscripción del contrato se ha incurrido en causales de nulidad absoluta al incumplirse con lo dispuesto por el artículo ciento setentiuono de la Ley General de Sociedades Decreto Supremo cero cero tres-ochenticinco-JUS, ya que los hechos no se subsumen en tales normas, desde que no se incumple la formalidad del artículo mil noventinueve del Código Civil, bajo sanción de nulidad, ni el artículo ciento setentiuono citado sanciona así el acto practicado, siendo que dichas normas se aplicarían de haberse incumplido un requisito de formalidad esencial para la existencia o validez del acto de hipoteca, que no es el caso, o que el artículo ciento setentiuono sancione la nulidad, siendo que si el acto celebrado por el representante hubiera excedido el límite de las facultades conferidas, o las violara; tal acto es sancionado expresamente con ineficacia por el artículo ciento sesentiuono del Código Civil, resultando pasible de ratificación, descartando la nulidad absoluta; y b) Que, como consecuencia de la indebida aplicación, se exime a la actora de la obligación de responder por los actos de su gerente general, inaplicándose: b.1) El artículo diecinueve de la Ley General de Sociedades, al haberse probado que el gerente actuó representando a la accionante, siendo que debe reputarse que sus actos se han celebrado dentro de los alcances de la representación, por tanto responsable ante la sociedad, los accionistas y terceros, sea por dolo o abuso de facultades o negligencia grave; y b.2) El artículo dos mil catorce del Código Civil, referido al principio de la buena fe registral, por el que se debe tener en cuenta que se contrató con el gerente general debidamente acreditado, y cuyo acto estaba dentro de las facultades inscritas, facultándose el tráfico comercial y la actividad económica.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, por escrito de demanda, obrante a fojas treinticuatro, SOFISA ha demandado: La nulidad del acto jurídico celebrado el veinticinco de octubre de mil novecientos noventiuono, consistente en la celebración de una garantía hipotecaria otorgado por SOFISA a favor de Financiera Nacional (Hoy Bancosur); la nulidad de la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria; y el levantamiento de la hipoteca que pesa sobre el inmueble de su

propiedad sito en la Prolongación de la Avenida Echenique novecientos cuarenta, novecientos cuarentidós, novecientos cuarentiséis, Huacho; exponiendo como fundamentos de hecho que don Rubén Pichilingüe Meza, había constituido tal garantía en su condición de gerente de SOFISA para respaldar un crédito personal, así como cualquier otra obligación futura que tuviera, sin que contara para ello con la autorización o conocimiento de los socios de SOFISA, excediéndose en sus facultades; y sosteniendo que tal acto es nulo por no haberse celebrado por agente capaz, por no haberse observado la forma prescrita bajo sanción de nulidad, porque se había gravado el bien sin que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública; no habiéndose solicitado por la Financiera Nacional copia del acuerdo de SOFISA por el cual se respaldara en calidad de garante al señor Pichilingüe.

Segundo.- Que, las instancias de mérito han amparado la demanda considerando que, conforme al artículo ciento setentiuno del Decreto Supremo cero cero tres-ochenticinco-jus, Ley General de Sociedades vigente a la fecha de celebración del acto jurídico y escritura pública impugnados, no podía otorgarse créditos o préstamos por la sociedad a miembros del directorio, ni al gerente o apoderado de la sociedad, sin autorización expresa del consejo de vigilancia o en todo caso sin acuerdo del directorio tomado por mayoría de los dos tercios de sus miembros, norma que estiman de orden público, y respecto a la cual señalan que al no haberse acreditado que el señor Pichilingüe haya contado con autorización expresa, el acto jurídico de hipoteca deviene en nulo por ser contrario a una norma de orden público y por no haberse observado la forma prescrita por ley; por lo que, se ampara en los artículos doscientos diecinueve inciso sexto y sétimo, y en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Tercero.- Que, al respecto debemos señalar, que conforme al artículo ciento sesentiuno del Código Civil, cuando el apoderado se excede en sus facultades el acto deviene en ineficaz con relación a su representado, asumiendo el representante responsabilidad frente al representado como frente a los terceros; norma que debe concordarse necesariamente con el artículo ciento sesentidós del Código Civil, según el cual para el caso del artículo ciento setentiuno, el acto puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración, de donde debe concluirse necesariamente que al ser el acto ratificable no puede padecer de nulidad, de modo que se ha aplicado indebidamente el artículo doscientos diecinueve incisos sexto y sétimo del Código Civil.

Cuarto.- Que, en igual sentido, debe entenderse el artículo ciento setentuno de la Ley General de Sociedades precitada, que no constituye una norma de orden público, en tanto que si puede garantizarse por la sociedad, créditos de los miembros de su directorio o de su gerente, pero para ello se requiere autorización del consejo de vigilancia o de los dos tercios del directorio; de modo que al depender de la voluntad de estos órganos la viabilidad del otorgamiento de la garantía, no puede considerarse a la norma como de orden público, mas si estos mismos órganos, pueden ratificar la celebración del acto.

Quinto.- Que, por lo expuesto precedentemente la demanda incoada deviene en improcedente, por no existir conexión lógica entre los hechos y el peticitorio, ya que el exceso por parte del representado deriva en la ineficacia y no en la nulidad del acto jurídico, que es lo que se ha demandado, de modo que debe declararse la improcedencia de la misma en conformidad con el artículo ciento veintuno *in fine* del Código Procesal Civil.

Sexto.- Que además se ha denunciado la inaplicación del artículo diecinueve de la Ley General de Sociedades acotada, así como del artículo dos mil catorce del Código Civil, pero al devenir en improcedente la demanda resulta inoportuno pronunciarse sobre ellos, más aún si con el artículo diecinueve pretende establecerse responsabilidad del gerente, lo que no es materia de esta acción; y si con el artículo dos mil catorce se pretende el reexamen de la prueba para que se indique que el gerente si se encontraba facultado para realizar el acto cuestionado, lo que no han establecido las instancias de mérito.

Sétimo.- Por tales consideraciones, de conformidad con el inciso primero del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil.

DECLARARON FUNDADO el recurso de casación de fojas cuatrocientos ochenticuatro; **NULA** la resolución de vista de fojas cuatrocientos setentiocho su fecha cuatro de julio del dos mil dos; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas trescientos cincuenticinco, su fecha veintitrés de octubre del dos mil dos; y **REFORMÁNDOLA** declararon: **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta a fojas treinticuatro; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Servicios Operativos y Financieros contra Banco Sur y otros sobre Nulidad de Acto Jurídico; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; AGUAYO DEL ROSARIO; LAZARTE HUACO; PACHAS ÁVALOS

CAS. N° 3777-2006-LAMBAYEQUE***Ineficacia: Concepto***

Se debe distinguir la ineficacia en sentido lato de las causas que la motivan. En ese sentido, la ineficacia es la carencia de efectos normales con motivo de la celebración de un acto jurídico, esto es, cuando el negocio jurídico no produce efectos jurídicos, lo cual puede obedecer a diversas causas, como el caso en que el negocio jurídico sea inválido, que se encuentre sujeto a una condición suspensiva, que sea resuelto u otra causa que no le permita producir efectos jurídicos o que impidan o extingan los mismos. La invalidez del acto jurídico conlleva a la ineficacia del mismo por razones estructurales que obedecen al contenido mismo del negocio, ya sea por la falta de un requisito de validez del acto jurídico a que se refiere el artículo 140 del Código Civil o por la contravención de una norma imperativa, o por la existencia de un vicio de la voluntad u otra circunstancia que vicia el negocio; sancionándose en el primer caso con la nulidad del acto jurídico, según lo prescribe el artículo 219 del Código Civil, y en el segundo caso con la anulabilidad del mismo, conforme al artículo 221 del citado Código, situación que requiere ser declarada judicialmente, como lo prevé el artículo 222 del Código Civil.

Lima, cinco de diciembre de dos mil seis

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número tres mil setecientos setenta y siete guión dos mil seis en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente resolución:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Empresa de Transportes Turismo Arberia Sociedad Anónima Cerrada contra la resolución de vista copiada a fojas ciento veintisiete, su fecha

veintidós de agosto de dos mil seis, expedida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en cuanto revoca el auto apelado contenido en la resolución número cuatro copiado a fojas ciento dos, su fecha veinticinco de abril del mismo año, que declaró infundada la excepción de prescripción extintiva propuesta por la demandada, y, reformándola, declara fundada dicha excepción, en consecuencia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso; en los seguidos con Trucks and Motors del Perú Sociedad Anónima Cerrada y otro, sobre ineficacia de acto jurídico.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema, mediante resolución de veintitrés de octubre último, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la inaplicación del artículo 13 de la Ley General de Sociedades, sustentado en que el excederse en el ejercicio de la representación hace al acto jurídico ineficaz.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el artículo 161 del Código Civil regula los supuestos de exceso de representación o ausencia de la misma; estableciendo que el acto jurídico celebrado por el representante, excediendo los límites de las facultades que se le hubiera conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros; en ese mismo sentido señala que también es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Segundo.- Que, por su parte el artículo 13 de la Ley General de Sociedades –Ley N° 26887– regula para el caso de las sociedades los actos que no obligan a la misma, estableciendo que quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren a nombre de ella.

Tercero.- Que, en materia de la teoría general del acto jurídico debe distinguirse la ineficacia en sentido late de las causas que la motivan; de tal manera que la primera de ellas es entendida como las diversas hipótesis en las cuales el negocio no produce efectos jurídicos (Renato Socognamiglio: “Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico”, Editora Jurídica Grijley, Primera Edición, noviembre - mil novecientos noventa y cuatro, pagina cuatrocientos

veintiuno). En ese sentido, la ineficacia es la carencia de efectos normales con motivo de la celebración de un acto jurídico, esto es, cuando el negocio jurídico no produce efectos jurídicos, lo cual puede obedecer a diversas causas, como el caso en que el negocio jurídico sea inválido, que se encuentre sujeto a una condición suspensiva, que sea resuelto u otra causa que no le permita producir efectos jurídicos o que impidan o extingan los mismos.

Cuarto.- Que, la invalidez del acto jurídico conlleva a la ineficacia del mismo por razones estructurales que obedecen al contenido mismo del negocio, ya sea por la falta de un requisito de validez del acto jurídico a que se refiere el artículo 140 del Código Civil o por la contravención de una norma imperativa, o por la existencia de un vicio de la voluntad u otra circunstancia que vicia el negocio; sancionándose en el primer caso con la nulidad del acto jurídico, según lo prescribe el artículo 219 del Código Civil, y en el segundo caso con la anulabilidad del mismo, conforme al artículo 221 del citado Código, situación que requiere ser declarada judicialmente, como lo prevé el artículo 222 del referido Código.

Quinto: Que, el supuesto de exceso de representación o ausencia de la misma no puede considerarse como un caso de invalidez del acto jurídico, porque no afecta la estructura misma del negocio, sino que se trata de un acto ineficaz o que no produce efectos en relación al representado, porque el representante se ha excedido en su representación o simplemente no existe poder; constituyendo este caso un supuesto especial de ineficacia del acto jurídico.

Sexto.- Que, teniendo en cuenta la diferencia expresada anteriormente, el acto jurídico celebrado por el representante excediendo su poder o cuando no exista el mismo, puede conllevar a la ratificación del acto jurídico por el representado, conforme al artículo 162 del Código Civil, supuesto que resulta ser diferente al caso de la confirmación del acto jurídico que prevé el artículo 231 del mismo Código y que se aplica para el acto jurídico que sufre de una causal de anulación para efectos de sanear el vicio que lo contiene; no pudiendo en este sentido confundirse ambas instituciones, como lo ha efectuado la Sala de mérito; ni confundirse la naturaleza de lo previsto en el artículo 161 del anotado cuerpo legal, que prevé un supuesto particular de ineficacia del acto jurídico, con la disposición del artículo 221 del acotado, que prevé el supuesto de anulación del acto jurídico.

Sétimo: Que, en ese sentido, el plazo de prescripción previsto en el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil, para los actos jurídicos anulables no

resulta de aplicación para el supuesto de ineficacia del acto jurídico previsto en el artículo 161 del citado Código; resultando de aplicación para la ineficacia del acto jurídico por exceso de representación el plazo de prescripción general previsto para las acciones personales, conforme al artículo 2001 inciso 1 del citado Código, situación diferente para el caso del falso procurador o la ausencia de representación, en la que no puede considerarse la existencia de un plazo para accionar si se tiene en cuenta que en este caso no existe ninguna vinculación con el representado.

Octavo.- Que, para las sociedades mercantiles existe un régimen especial respecto de los plazos para poder accionar frente a actos celebrados por las mismas, estableciendo el artículo 43 de la Ley General de Sociedades que las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

Noveno.- Que, la adopción de un plazo de caducidad para las pretensiones derivadas de la Ley de Sociedades Mercantiles tuvo por finalidad eliminar la incertidumbre que se generaba para las sociedades y terceros contratantes con ellas, al estar sujeto a estas vicisitudes; señalando esta finalidad el doctor Enrique Normand, Presidente de la Comisión Reformadora de la Ley, quien expresaba lo siguiente: “Todos los plazos de la ley han sido convertidos en plazo de caducidad. Se han eliminado las plazos de prescripción. El derecho societario es rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia no se condice con la prescripción, que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella, la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva”. (citado por el doctor Enrique Elías Laroza, en: “Ley General de Sociedades Comentada”, Editora Normas Legales, Trujillo - mil novecientos noventa y ocho, Primer Volumen, pagina ciento cuatro).

Décimo: Que, en el caso submateria, Empresa de Transportes Turismo Arberia Sociedad Anónima Cerrada ha solicitado la ineficacia del acto jurídico contenido en los documentos sobre resolución de contrato celebrados por su gerente general con la Empresa Trucks and Motors del Perú Sociedad Anónima Cerrada, para lo cual ha invocado los alcances del artículo 161 del Código Civil y 13 de la Ley General de Sociedades.

Undécimo.- Que, la actora ha solicitado la ineficacia del acto jurídico celebrado por su gerente general, quien –según señala– se excedió en su representación, dirigiendo su demanda contra el citado gerente y la empresa contratante; rigiendo en este caso lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley General de Sociedades, que establece un plazo de caducidad de dos años a partir de la fecha de los actos que motivan la pretensión, el mismo que en el presente caso se ha excedido por cuanto los actos cuestionados fueron celebrados en junio y julio de mil novecientos noventa y nueve, como se advierte a fojas sesenta y dos y sesenta y cinco, respectivamente; no resultando aplicable el artículo 13 de la Ley General de Sociedades, si se tiene en cuenta la existencia del citado plazo de caducidad de dos años, señalado anteriormente.

Duodécimo.- Que, finalmente, cabe señalar que respecto del artículo 13 de la Ley General de Sociedades, debe distinguirse dos supuestos, al igual que en el artículo 161 del Código Civil: el del representante que se excede en su poder, y el del falso procurador o persona que no tiene ninguna representación; supuesto este último cuya acción no puede ser considerada sujeta a un plazo de caducidad que se señala, pues conforme se ha considerado anteriormente no existe en este caso ninguna vinculación con el representado.

Décimo tercero.- Que, en consecuencia, en el presente caso no se ha incurrido en inaplicación de la norma de derecho material denunciada; no incidiendo sobre el sentido de lo resuelto el error en la motivación expresada en la sentencia de vista, cuya corrección ha sido efectuada conforme a lo señalado precedentemente, respecto de la existencia de un plazo de caducidad, mas no de prescripción; resultando de aplicación lo prescrito en el artículo 397 segundo párrafo del Código Procesal Civil, y el artículo 172 cuarto párrafo del mismo Código, en cuanto se refiere a la existencia del principio de subsanación; razón por la que el recurso de casación interpuesto deviene en infundado.

DECISIÓN:

Por tales consideraciones: **a) Declararon INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento ochenta y cinco, interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Arberia Sociedad Anónima Cerrada; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista copiada a fojas ciento veintisiete, su fecha veintidós de agosto de dos mil seis. **b) CONDENARON** a la recurrente a la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las

costas y costos originados en la tramitación del presente recurso: en los seguidos con Trucks and Motors del Perú Sociedad Anónima Cerrada y otro, sobre ineficacia de acto jurídico y otros conceptos (cuaderno de apelación). c) **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; actuando como Vocal Ponente el señor Carojulca Bustamante; los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA; CAROAJULCA BUSTAMANTE; SANTOS PEÑA; MANSILLA NOVELLA; MIRANDA CANALES

CAS. N° 2368-06-AREQUIPA

Falso representante: Ineficacia de sus actos

El artículo 161 del Código Civil establece que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado, el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Lima, veintiocho de marzo del dos mil siete

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil trescientos sesentiocho - dos mil seis, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Elena Josefina Valencia Vda. de Cáceres mediante escrito de fojas trescientos cincuentiocho, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas trescientos cincuentidós, su fecha cinco de mayo del dos mil seis, que revoca la sentencia de fojas doscientos cuarentiséis, que declara infundada la demanda, y reformándola, la declara improcedente, sin costas ni costos.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del veinte de setiembre del dos mil seis, por las Causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia: I) la aplicación indebida del artículo ciento sesenta y uno del Código Civil, pues la Sala Civil no ha tenido

en cuenta que los actos jurídicos cuestionados han sido celebrados por el representante de una sociedad comercial excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas, por lo que resulta aplicable el artículo trece de la Ley General de Sociedades, y no la norma denunciada, en atención a lo previsto en la Segunda Disposición Final de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete; II) la inaplicación de normas de derecho material, como son: a) el artículo trece de la Ley General de Sociedades, toda vez que se trata de una norma especial que se debe preferir a la general; b) el artículo doscientos veintiséis del Código Civil, pues la sentencia recurrida está obligando a la Empresa de Transportes Don Hernando a que interponga la acción de nulidad respectiva, sin tener en cuenta la prohibición prevista en la norma denunciada, aplicable supletoriamente a los autos, que dispone que la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por otra en su propio beneficio, siendo que en el presente faso, al haber intervenido en los referidos contratos otorgando fianza a la empresa codemandada, es indubitable que la recurrente tiene interés para interponer la presente acción.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, conforme se advierte de la demanda de fojas veintidós, Elena Josefina Valencia Paz Vda. de Cáceres solicita que se declare la nulidad del acto jurídico Contenido en la escritura pública de Transacción Extrajudicial del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, así como la nulidad del acto jurídico contenido en la escritura pública de Garantía Hipotecaria del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en los que interviene como fiadora solidaria y garante hipotecaria, respectivamente, de la Empresa de Transportes Don Hernando Sociedad de Responsabilidad Limitada, nulidad que sustenta en el hecho de que, en ambos contratos, el Gerente de la citada persona jurídica intervino sin contar con las facultades de representación previstas en su Estatuto Social, pues en la cláusula novena del mismo se establecía expresamente que el ejercicio de las facultades otorgadas al Gerente tendrían validez siempre y cuando concurren “con otra firma autorizada”, requisito que no se cumple en los citados actos jurídicos, razón por la cual solicita la nulidad de los mismos al amparo de lo previsto en el artículo doscientos diecinueve inciso séptimo del Código Civil y artículo trece de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete.

Segundo.- Que, la sentencia de primera instancia declaró infundada la demanda en razón a que en el contrato social no se había indicado con claridad

quien o quienes, además del gerente, cuentan con “firma autorizada” para ejercitar las facultades especiales de la cláusula novena, en consecuencia, sostiene que la demandante no puede valerse de tal omisión para exigir o pretender la nulidad de los actos jurídicos realizados. Apelada que fuera esta decisión, la Sala Superior la revocó, y reformándola, declaró improcedente la demanda, pues refiere que tanto el artículo trece de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, así como en el artículo ciento sesenta y uno del Código Civil, desarrollan el supuesto normativo de la ausencia de legitimación representativa, cuyo efecto no es la nulidad de los actos sino la ineficacia de los mismos en relación al representado, por tanto, la legitimada para pretender esa ineficacia no es la demandante sino la propia representada, es decir, la Empresa de Transportes Don Hernando Sociedad de Responsabilidad Limitada, quien en este proceso no ha ejercido ese derecho.

Tercero.- Que, en autos se denuncia la aplicación indebida del artículo ciento sesenta y uno del Código Civil, causal que se configura cuando concurren los siguientes supuestos: a) el Juez, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso, llega a establecer determinados hechos relevantes del conflicto de intereses; b) que tales hechos establecidos, guardan relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; c) que sin embargo, el juez, en lugar de aplicar esta última norma, aplica una distinta para resolver el caso concreto, vulnerando los valores y principios del ordenamiento jurídico, particularmente el valor superior de la justicia.

Cuarto.- Que, es el caso precisar que la norma denunciada no viene siendo aplicada de forma aislada y excluyente, como erróneamente da a entender la recurrente en su recurso, sino en concordancia con el artículo trece de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete. Debe señalarse, además, que la demandante no precisa en su escrito de casación, en relación a esta causal, cuál sería el agravio que le ocasiona la aplicación del citado artículo del Código Civil, y de qué forma su inaplicación podría variar el sentido de lo resuelto, limitándose a referir que su impertinencia vendría dada por su carácter de norma general, siendo evidente que en esta última afirmación subyace el reconocimiento de la propia actora de que la norma en comento sí guarda relación con los hechos controvertidos, pero que no es la norma especial.

Quinto.- Que, el artículo ciento sesenta y uno del Código Civil establece que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con

relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros. También es ineficaz –continúa la norma– ante el supuesto representado, el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye. De otro lado, el artículo trece de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, al regular los actos que no obligan a la sociedad señala quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella. La responsabilidad civil o penal por tales actos –concluye la norma especial– recae exclusivamente sobre sus autores. Como puede apreciarse, las normas citadas no son excluyentes entre sí, sino coincidentes en sus aspectos más importantes, y si bien por la naturaleza de la persona jurídica obligada serían aplicables preferentemente las normas de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, tal razonamiento no excluye ni proscribire la concordancia legislativa que puedan establecer los jueces al momento de resolver el caso concreto; en consecuencia, no advirtiéndose la impertinencia de la norma alegada, ni –principalmente– que la prescindencia de sus alcances pueda variar el sentido de la decisión adoptada, la primera causal material denunciada no merece amparo alguno.

Sexto.- Que, de otro lado, se denuncia la inaplicación del artículo trece de la Ley General de Sociedades y del artículo doscientos veintiséis del Código Civil, causal que se configura cuando concurren los siguientes supuestos: a) el juez, por medio de una valoración conjunta y razonada de las pruebas, establece como probado ciertos hechos alegados por las partes y relevantes del litigio; b) que estos hechos guardan relación de identidad con determinados supuestos tácticos de una norma jurídica material; c) que no obstante esta relación de identidad (pertinencia de la norma) el juez no aplica esta norma (específicamente, la consecuencia jurídica) sino otra distinta, resolviendo el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor de justicia.

Sétimo.- Que, en primer lugar, es el caso dejar establecido que el artículo trece de la Ley General de Sociedades sí ha sido aplicado en autos, pues fue en virtud a los alcances de aquella norma que la demanda viene siendo desestimada, por lo que resulta ilógico que se pretenda denunciar su inaplicación; razón por la cual el primer extremo de la segunda causal material no resulta atendible.

Octavo.- Que, de otro lado, en cuanto al segundo extremo de la causal de inaplicación de normas materiales, la actora sostiene que la Empresa de

Transportes Don Hernando estaría impedida de demandar la ineficacia del acto que la afecta en aplicación del artículo doscientos veintiséis del Código Civil. Sin embargo, es el caso señalar que la norma acotada rige para los casos en que una de las partes obligadas a satisfacer una prestación común conjuntamente con otra, pretenda alegar la incapacidad de esta última (su co-obligada) para su propio beneficio, circunstancia que no es la que se presentaría para el caso de la citada Empresa de Transportes desde que la ineficacia de los actos jurídicos estaría dada por la representación defectuosa del agente, como lo sostiene la propia demandante, tanto más si el citado dispositivo se refiere con claridad a la incapacidad en el ejercicio de los derechos civiles del agente, y no a los defectos de representación de las personas jurídicas; razón por la cual resulta impertinente para dilucidar la litis, debiendo desestimarse también este extremo de la casación.

Noveno.- Que, por lo demás, no es cierto que la sentencia esté “obligando” a la empresa codemandada a interponer la acción de nulidad en los términos que hoy interpone el demandante, sino que advierte que en los casos de representación defectuosa como la que se denuncia en la demanda (y es la única causal de nulidad en la que se sustenta), es a la representada a quien asistiría el derecho de promover la ineficacia (y no la nulidad) de los actos que la afectan; de otro lado, nadie niega el interés para obrar de la demandante al pretender la declaratoria de nulidad de los dos actos jurídicos por cuyo mérito se obligó frente al Banco Continental (acreedora de la Empresa de Transportes Don Herrando Sociedad de Responsabilidad Limitada), pues es evidente que con la demanda la actora pretende sustraerse de las obligaciones comprometidas, sin embargo, también es cierto que su pretensión se sustenta en una causal no idónea para tal fin, pues la ley no le concede la legitimidad requerida, sino únicamente a la representada.

Décimo.- Que, siendo así, al no configurarse las causales materiales denunciadas, corresponde desestimar el recurso interpuesto, y proceder conforme a lo normado en los artículos trescientos noventa y siete, trescientos noventa y ocho y trescientos noventa y nueve del Código Procesal Civil; por cuyas razones.

DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Elena Josefina Valencia Paz Vda. de Cáceres mediante escrito de fojas trescientos cincuentiocho; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos cincuentidós, su fecha cinco de mayo del dos mil seis; **CONDENARON:** a la parte recurrente al pago de las costas y costos

originados por el trámite del presente recurso, así como al pago de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Elena Josefina Valencia Paz Vda. de Cáceres contra Banco Continental y Otro sobre nulidad de actos jurídicos y otro. Vocal Ponente señor Ticona Postigo; y los devolvieron.

SS. TICONA POSTIGO; PALOMINO GARCÍA; MIRANDA CANALES; CASTAÑEDA SERRANO; MIRANDA MOLINA

CAS. N° 115-2010-LAMBAYEQUE***Nulidad de pagaré suscrito por sociedad: Por ausencia de acuerdo de directorio***

Conforme se ha precisado anteriormente, el petitorio de la presente demanda está dirigido a que se declare la nulidad de un pagaré, sustentándose la demanda interpuesta en la causal de falta de manifestación de voluntad prevista en el artículo 219 inciso 1) del Código Civil, la misma que conforme a lo desarrollado en las sentencias de mérito se encuentra debidamente acreditada en función de los hechos acreditados en el proceso, principalmente referidos a la inexistencia de un acuerdo de directorio que autorice la suscripción del pagaré sublitis, así como a la falta de acreditación del monto que el pagaré señala representar, lo que determina la ausencia tanto del presupuesto subjetivo y objetivo para la configuración válida del acto jurídico, conforme exige el precitado artículo 140 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en los artículos 1 y 18 de la Ley N° 16587.

Lima, dieciséis de diciembre de dos mil diez

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: VISTOS: en audiencia pública llevada a cabo en la fecha con los Magistrados Vásquez Cortez, Acevedo Mena, Yrivarren Fallaque, Mac Rae Thays y Araujo Sánchez; se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Es materia del recurso la resolución de vista de fojas trescientos treinta y cuatro, de fecha veinticuatro de junio de dos mil nueve, que confirmó la sentencia apelada de fecha dos de octubre de dos mil ocho, que declaró fundada la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta por la empresa Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima Abierta.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTES LOS RECURSOS DE CASACION:

Esta Sala Suprema por resolución de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez, obrante a fojas noventa y cuatro, y noventa y siete del cuaderno de casación, se han declarado procedentes los recursos de casación interpuestos por el Banco Financiero del Perú y por NBK Bank en Liquidación, respectivamente. I. Respecto del recurso del Banco Financiero del Perú se ha declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa procesal consistente en: a) La inaplicación del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, al haberse alegado que en el presente caso se discuten dos temas, el primero es declarar la nulidad del mutuo celebrado entre las partes mediante la cual se procedió al desembolso de la suma S/. 7'489,500.00, pretensión que tiene fundamentos propios, y por otro lado la nulidad del título valor emitido por la demandante. Es decir se cuestionó el acto y el documento, lo cual obliga a un pronunciamiento expreso de cada uno. Sin embargo la sentencia de primera instancia se pronuncia únicamente respecto a la invalidez del título valor (documento), guardando silencio respecto del acto jurídico que lo motiva, en este caso el mutuo; b) La inaplicación de los artículos I y III del Título Preliminar y el artículo 197 del Código Procesal Civil: Señala que pese a estar probado en el proceso que la empresa solicitó el crédito, que se le abonó el mismo y que consecuentemente lo utilizó, se concluye erróneamente que no se acreditó el desembolso del dinero. II. Con relación al recurso del NBK BANK en Liquidación, se ha admitido por la causal de infracción de normas de derecho procesal y material, alegando que: a) La aplicación indebida del artículo 219 inciso 1) del Código Civil: Señala que si la sentencia de vista recurrida ha establecido como supuesto fáctico que Bernardino Céspedes y José Francisco Soberón han suscrito el pagaré cuestionado arrogándose una representación de la empresa accionante que realmente no tenían, resulta impertinente la aplicación del artículo 219 inciso 1) del Código Civil, pues esta norma no regula los actos jurídicos celebrados por personas que no tiene la representación que se atribuyen, como en el presente caso, sino que regula la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad. Por tanto, si se concluye que el acto jurídico es celebrado por una persona que no tiene la representación que se atribuye, no puede ser definida como falta de manifestación de voluntad, sino conforme al artículo 161 del Código Civil, que regula el supuesto de representación directa sin poder, que es la norma aplicable al caso; b) La Inaplicación de la parte final del artículo 161 del Código Civil: No obstante que dicha norma se adecua al supuesto fáctico de la demanda, esto es,

la suscripción del pagaré por personas que no tienen la representación que se atribuyen, la misma no ha sido aplicada; c) La Inaplicación del artículo 6 de la Ley N° 16587 - Ley de Títulos Valores: Esta norma establece que quien suscriba un título sin facultades para hacerlo se obliga personalmente como si hubiera obrado en propio nombre, norma recogida en el artículo 7 de la actual Ley de Títulos Valores. Según esta norma el pagaré no debió declararse nulo sino ineficaz respecto de la empresa demandante, y; d) La Contravención al debido proceso: La sentencia de vista vulnera la autoridad de cosa juzgada, pues ha declarado nulo el pagaré no obstante que dicho pagaré ha sido objeto de pronunciamiento respecto a su exigibilidad de cobro en el proceso de ejecución de garantías signado con Exp. N° 51892- 2003, en el que se declaró infundada la contradicción formulada por la ahora demandante por la causal de nulidad formal del título.

CONSIDERANDO:

I. Recurso de casación del Banco Financiero

Primero: El Banco Financiero sustenta la causal de infracción normativa procesal en la inaplicación al presente caso de lo dispuesto por el artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, en lo que se refiere a la vulneración del principio de congruencia, así como de lo dispuesto en los artículos I, III y 197 del Código Procesal Civil, a través de lo cuales denuncia una contradicción en la valoración probatoria.

Segundo: El principio de congruencia supone la conformidad o correspondencia entre lo resuelto y lo pretendido. Se advierte de la demanda interpuesta que el petitorio de la misma estuvo dirigido a que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en el Pagaré N° B0072105 por la suma de S/. 7'489,500 de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve, habiéndose emitido pronunciamiento en las sentencias recaídas en este proceso respecto a la validez del referido pagaré, concluyéndose que la empresa demandante no expresó válidamente su voluntad al no encontrarse expresada a través de un acuerdo de directorio, además de no representar el referido pagaré derecho patrimonial alguno en la medida que las instancias de mérito han concluido que no se ha acreditado el desembolso del importe consignado en el título valor, lo que lo invalida; de lo cual se infiere que la declaración de nulidad dispuesta en las referidas sentencias abarca tanto el acto jurídico como el pagare mismo, por lo que deviene en desestimable el agravio invocado por la recurrente Banco Financiero.

Tercero: De otro lado, en lo que respecta al segundo argumento referido a la presunta acreditación del abono del monto contenido en el pagaré, las instancias de mérito han concluido en señalar sobre la base del material probatorio obrante en autos que no se encuentra acreditado el referido desembolso, lo que claramente incide en la valoración probatoria efectuada por las instancias de mérito, lo que resulta ajeno a esta sede casatoria; no advirtiéndose por parte de esta Suprema Sala una valoración arbitraria o defectuosa del material probatorio que justifique su revisión, ya que en las sentencias de mérito se hallan contenidas las valoraciones esenciales y determinantes que las han llevado a concluir que el desembolso del monto consignado en el pagaré no se ha efectuado, lo que finalmente ha incidido en la declaración de nulidad del pagaré sublitis.

II. Recurso de Casación del NBK Bank

Cuarto: El Banco recurrente denuncia las causales de aplicación indebida del artículo 219 inciso 1 del Código Civil referida a la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad, invocando para el presente caso la aplicación de lo dispuesto en los artículos 161 del Código Civil, referido a la ineficacia del acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades conferidas y por quien no tiene la representación que se atribuye, así como de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 16557, que establece la obligación personal de quien suscribe un título sin facultades para hacerlo, de lo cual concluye que el pagaré sub litis no debió declararse nulo sino ineficaz.

Quinto: Al respecto, debe precisarse que mientras la aplicación indebida de una norma supone la impertinencia de la norma legal aplicada al caso, la causal de inaplicación exige que el recurrente demuestre que el supuesto hipotético de esta sea aplicable a la cuestión fáctica establecida en autos y cómo su aplicación modificaría el resultado del Juzgamiento.

Sexto: Conforme se ha precisado anteriormente, el petitorio de la presente demanda está dirigido a que se declare la nulidad del pagaré N° B 0072105 por le suma de S/. 7'489,500.00, sustentándose la demanda interpuesta en la causal de falta de manifestación de voluntad prevista en el artículo 219 inciso 1) del Código Civil, la misma que conforme a lo desarrollado en las sentencias de mérito se encuentra debidamente acreditada en función de los hechos acreditados en el proceso, principalmente referidos a la inexistencia de un acuerdo de directorio que autorice la suscripción del pagaré sublitis, así como a la

falta de acreditación del monto que el pagaré señala representar, lo que determina la ausencia tanto del presupuesto subjetivo y objetivo para la configuración válida del acto jurídico, conforme exige el precitado artículo 140 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en los artículos 1 y 18 de la Ley N° 16587; de lo que se desprende que las normas sobre las cuales se han sustentado las instancias de mérito, entre ellas el cuestionado artículo 219 inciso 1) del Código Civil, resultan pertinentes a la situación fáctica acreditada en el presente caso.

Sétimo: En ese sentido, la invocación del artículo 161 del Código Civil y el artículo 6 de la Ley N° 165787 devienen en impertinentes atendiendo al petitorio de nulidad planteado en la demanda y a los hechos acreditados en el proceso, que excluyen al supuesto de ineficacia previsto en las normas cuya aplicación se invoca al presente caso, por lo que igualmente deviene en desestimables las causales antes mencionadas.

Octavo: Finalmente, con respecto al argumento referido a que se vulneraría la cosa juzgada recaída en el Expediente N° 51892-2003, sobre ejecución de garantías, en el que el pagaré sublitis ha sido objeto de pronunciamiento respecto a su exigibilidad de cobro, declarándose infundada la contradicción formulada por la ahora demandante por la causal de nulidad formal del título, es menester precisar que en el referido proceso de ejecución de garantía no ha sido materia de controversia y menos de pronunciamiento lo referido a la invalidez del título valor, por no corresponder al objeto de dicho proceso, por lo que no se configura la alegada violación de la cosa juzgada invocada por la recurrente.

DECISIÓN: Por tales consideraciones y de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil, **DECLARARON INFUNDADOS** los recursos de casación obrante a fojas trescientos cincuenta, interpuesto por NBK Bank en Liquidación y a fojas trescientos sesenta y siete por Banco Financiero del Perú; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial ; en los seguidos por la Empresa Agroindustrial Pomalcá Sociedad Anónima Abierta, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron. Vocal Ponente: Acevedo Mena.

SS. VÁSQUEZ CORTEZ; ACEVEDO MENA; YRIVARREN FALLAQUE; ARAUJO SÁNCHEZ

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMO MAC RAE THAYS SON LOS SIGUIENTES:

MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del recurso la resolución de vista de fojas trescientos treinta y cuatro, de fecha veinticuatro de junio de dos mil nueve, que confirmó la sentencia apelada de fecha dos de octubre de dos mil ocho, que declaró fundada la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta por la empresa Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima Abierta.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTES LOS RECURSOS DE CASACIÓN:

Esta Sala Suprema por resolución de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez, obrante a fojas noventa y cuatro, y noventa y siete del cuaderno de casación, se han declarado procedentes los recursos de casación interpuestos por el Banco Financiero del Perú y por NBK Bank en Liquidación. I. Respecto del recurso del Banco Financiero del Perú se declaró procedente el recurso por la causal de infracción normativa procesal consistente en: a) La inaplicación del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, al haberse alegado que en el presente caso se discuten dos temas, el primero es declarar la nulidad del mutuo celebrado entre las partes mediante la cual se procedió al desembolso de la suma de siete millones cuatrocientos ochenta y nueve mil quinientos nuevos soles, pretensión que tiene fundamentos propios, y por otro lado la nulidad del título valor emitido por la demandante. Es decir se cuestionó el acto y el documento, lo cual obliga a un pronunciamiento expreso de cada uno. Sin embargo la sentencia de primera instancia se pronuncia únicamente respecto a la invalidez del título valor (documento), guardando silencio respecto del acto jurídico que lo motiva, en este caso el mutuo. b) La inaplicación de los artículos I y III del Título Preliminar y el artículo 197 del Código Procesal Civil: Señala que pese a estar probado en el proceso que la empresa solicitó el crédito, que se le abonó el mismo y que consecuentemente lo utilizó, se concluye erróneamente que rió se acreditó el desembolso del dinero. II. Con relación al recurso del NBK BANK en Liquidación, se ha admitido por la causal de infracción de normas de derecho procesal y material, alegando que: a) La aplicación indebida del artículo 219 inciso 1) del Código Civil: Señala que si la sentencia de vista recurrida ha establecido como supuesto fáctico que Bernardino Céspedes y José Francisco Soberón han suscrito el pagaré cuestionado arrogándose una representación de la empresa accionante que realmente no

tenían, resulta impertinente la aplicación del artículo 219 inciso 1) del Código Civil, pues esta norma no regula los actos jurídicos celebrados por personas que no tiene la representación que se atribuyen, como en el presente caso, sino que regula la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad. Por tanto, si se concluye que el acto jurídico es celebrado por una persona que no tiene la representación que se atribuye, no puede ser definida como falta de manifestación de voluntad, sino conforme al artículo 161 del Código Civil, que regula el supuesto de representación directa sin poder, que es la norma aplicable al caso; b) La Inaplicación de la parte final del artículo 161 del Código Civil: No obstante que dicha norma se adecua al supuesto fáctico de la demanda, esto es, la suscripción del pagaré por personas que no tienen la representación que se atribuyen, la misma no ha sido aplicada; c) La Inaplicación del artículo 6 de la Ley N° 16587 - Ley de Títulos Valores: Esta norma establece que quien suscriba un título sin facultades para hacerlo se obliga personalmente como si hubiera obrado en propio nombre, norma recogida en el artículo 7 de la actual Ley de Títulos Valores. Según esta norma el pagaré no debió declararse nulo sino ineficaz respecto de la empresa demandante, y: d) La Contravención al debido proceso: La sentencia de vista vulnera la autoridad de cosa juzgada, pues ha declarado nulo el pagaré no obstante que dicho pagaré ha sido objeto de pronunciamiento respecto a su exigibilidad de cobro en el proceso de ejecución de garantías signado con Exp. N° 51892- 2003, en el que se declaró infundada la contradicción formulada por la ahora demandante por la causal de nulidad formal del título.

CONSIDERANDO:

I. Recurso de casación del Banco Financiero

Primero: El Banco Financiero sustenta la causal de infracción normativa procesal en la inaplicación de lo dispuesto por el artículos 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, en lo que se refiere a la vulneración del principio de congruencia, así como de lo dispuesto en los artículos I, III y 197 del Código Procesal Civil, a través de los cuales denuncia una contradicción en la valoración probatoria.

Segundo: El principio de congruencia supone la conformidad entre o correspondencia entre lo resuelto y lo pretendido. Se advierte que el petitorio está dirigido a que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en el Pagaré N° B0072105 por la suma de siete millones cuatrocientos ochenta y nueve mil quinientos nuevos soles, de fecha treinta de abril de mil novecientos

noventa y nueve, habiéndose emitido pronunciamiento en las sentencias de mérito respecto a la validez del referido pagaré, en estas se ha declarado fundada la demanda, en consecuencia nulo el referido pagaré, por la causal de falta de manifestación de voluntad a que se refiere el artículo 219 numeral 1 del Código Civil; es decir, que lo resuelto en la sentencia guarda congruencia con el petitorio de la demanda. En estas sentencias se ha concluido que el referido pagaré no fue suscrito por los representantes legales de la demandante y además de ello no representa derecho patrimonial alguno en la medida que no se ha acreditado el desembolso del importe consignado en el título valor, lo que lo invalida; aspecto de lo cual se infiere que la declaración de nulidad dispuesta en las referidas sentencias abarca tanto el acto jurídico que sustenta la relación causal como el pagaré mismo, por lo que deviene en desestimable el agravio invocado por el recurrente Banco Financiero.

Tercero: En lo que respecta al segundo agravio sobre inaplicación de los artículos I y III del Título Preliminar y el artículo 197 del Código Procesal Civil, referido a que considera que se ha acreditado el abono del monto contenido en el pagaré. Las instancias de mérito han concluido sobre la base del material probatorio obrante en autos, que desembolso del mutuo sobre el que se sustenta la relación causal no se encuentra acreditado, señalan que no se acredita que este haya sido recibido por Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima Abierta, puesto que a su criterio, el documento de fojas ciento veinticinco no resulta suficiente para acreditar este hecho;

Cuarto: Que, la causal conforme ha sido planteada incide claramente en la valoración probatoria efectuada por las instancias de mérito, lo que resulta ajeno a esta sede casatoria; no advirtiéndose que las instancias de mérito hubieran realizado una valoración arbitraria o defectuosa del material probatorio que justifique su revisión, toda vez que en la sentencia de vista se hallan contenidas las valoraciones esenciales y determinantes que la ha llevado a corroborar que el desembolso del monto consignado en el pagaré no se ha efectuado, lo que finalmente ha incidido en la declaración de nulidad del pagaré sublitis.

II. Recurso de Casación del NBK Bank

Quinto: El Banco recurrente denuncia las causales de aplicación indebida del artículo 219 inciso 1 del Código Civil referida a la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad, invocando para el presente caso la aplicación de lo dispuesto en los artículos 181 del Código Civil, referido a la Ineficacia del acto jurídico celebrado por el representante excediendo los

límites de las facultades conferidas y por quien no tiene la representación que se atribuye, así como de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 16587, que establece la obligación personal de quien suscribe un título sin facultades para hacerlo, de lo cual concluye que el pagaré sublitis no debió declararse nulo sino ineficaz.

Sexto: Resulta pertinente recordar que tanto la doctrina como la legislación es unánime en señalar como características de los títulos valores 1) incorporación, según la cual el título valor viene a ser el soporte papel de las declaraciones de voluntad que crean títulos valores. Es decir, se refiere a la materialización del título valor; 2) literalidad, quiere decir que el texto expresado del documento es el que tiene validez como título valor; 3) autonomía, quiere decir que la relación originada por el título valor tiene autonomía o es independiente o aparte o separada frente la relación causal, que es el negocio jurídico garantizado con el título valor, 4) legitimación que es de dos clases que son la activa y la pasiva. La activa quiere decir que el que es tenedor del título valor debe ser el propietario, es decir, es necesario en este caso determinar si estamos o no ante un supuesto de título valor al portador. Y en cuanto a la pasiva debemos precisar que la obligada es la que acepta el documento o lo gira; y 5) la buena fe, quiere decir que quien adquiere el título valor debe adquirirlo de buena fe, por lo cual es claro que si tiene mala fe falta un requisito de los títulos valores. Es necesario dejar constancia que aquí se aplica el hecho que la buena fe se presume mientras que la mala fe se prueba.

Sétimo: Las características antes descritas las mismas que fueron reguladas en el Título Primero de la Sección Primera de la Ley N° 16587, características que se condicen con la finalidad de todos los títulos valores que son la de representar el valor de determinadas obligaciones para ejercer las acciones cambiarlas y estar destinados a la circulación, características que se presentan en el Pagaré N° B0072105.

Octavo: Al respecto, la norma aplicada por las instancias de mérito para declarar la nulidad del Pagaré N° B0072105 por la suma de siete millones cuatrocientos ochenta y nueve mil quinientos nuevos soles, de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve, por la causal de falta de manifestación de voluntad a que se refiere el artículo 219 numeral 1 del Código Civil, no resulta aplicable al caso, toda vez que, esta causal resulta aplicable a aquellos casos en los cuales la voluntad no ha sido válidamente manifestada, es decir, se relaciona con el querer interno del sujeto, siendo pertinente recordar que para que exista voluntad jurídica se requiere la concurrencia de elementos

internos (como el discernimiento, intención y libertad) y elementos externos (la manifestación), con los cuales se forma la voluntad interna o real, la cual para producir efectos debe ser exteriorizada o manifestada.

Noveno: En el caso concreto, se advierte que los argumentos expuestos por la parte demandante para solicitar la nulidad del citado título valor, no se refieren a que la voluntad de quien suscribió el referido título valor no ha sido válidamente manifestada, sino que la misma no representa la voluntad de la obligada, por haber sido suscrito por quien carecía de facultades de representación; situación que propiamente no implica la inexistencia de la manifestación de voluntad como se argumenta, puesto que, quienes suscribieron el Pagaré N° B0072105, independientemente que lo hayan hecho sin tener facultades para hacerlo, si expresaron válidamente su voluntad; por consiguiente, se acredita la aplicación indebida del artículo 219 numeral 1 del Código Civil.

Décimo: Ello es así por cuanto, aun cuando dicha obligación haya sido asumida por quien carece de facultades, dicho acto era pasible de ratificarse, conforme a lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, lo cual no sería posible si nos encontramos frente a un acto que es nulo *ipso iure* por carecer de manifestación de voluntad, que es un presupuesto subjetivo y objetivo para que se configure válidamente un acto jurídico conforme a lo establecido por el artículo 140 del Código Civil.

Undécimo: En cuanto a la denunciada inaplicación de lo dispuesto por los artículos 161 del Código Civil, referido a la ineficacia del acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades conferidas y por quien no tiene la representación que se atribuye, así como de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 16587, que establece la obligación personal de quien suscribe un título sin facultades para hacerlo; esta también resulta atendible, puesto que, teniendo en cuenta los hechos expuestos por las partes en sus escritos de demanda y contestación, se colige que la controversia se circunscribe básicamente en determinar si el Pagaré N° B0072105 contiene una obligación que resulta ineficaz respecto a la parte demandante.

Duodécimo: En efecto, del contradictorio fluye que los hechos expuestos por la parte demandante en sus escritos de demanda, se refieren básicamente a que el Pagaré N° 60072105 ha sido suscrito por quienes al momento de su suscripción, no tenían mandato vigente como representantes de la empresa. Es decir, la misma se sustenta en que las personas que suscribieron dicho pagaré,

esto es, Bernardino Céspedes Pérez y José Francisco Soberón Bolaños, en sus calidades de presidente del directorio y gerente general de la demandante, no tenían a la fecha de su suscripción tales calidades al haberse dejado sin efecto su nombramiento mediante la sentencia emitida el diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, obrante a fojas treinta del Expediente N° 1640-1998 que declaró fundada en primera instancia la demanda de nulidad de la Junta General de Representantes de los Accionistas de fecha veintuno de abril de mil novecientos noventa y ocho, Junta en la cual se elige a Bernardino Céspedes Pérez como Presidente del Directorio de Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima Abierta. Esta sentencia fue confirmada el seis de noviembre del año dos mil por la Sala Especializada en lo Civil de Chiclayo, e interpuesto el recurso de casación contra la misma, por sentencia casatoria de fecha dos de febrero de dos mil uno, se declaró improcedente el recurso de casación, lo que se verifica a fojas ciento treinta y siguientes, así como en el asiento 51 de la Partida N° 11000993 a fojas trece ; es decir, es una decisión que tiene calidad de cosa juzgada.

Décimo tercero: La sentencia de primera instancia recaída en el Expediente N° 1640-1998, sustentó la emisión de una medida cautelar de anotación preventiva de sentencia, la cual fue anotada en el asiento diecinueve de la Partida N° 11000993 a fojas doce, la cual fue inscrita el quince de octubre de mil novecientos noventa y ocho; en consecuencia, atendiendo al principio de publicidad de los Registros Públicos a que se refiere el artículo 2012 del Código Civil, a la entidad financiera que otorgó el Pagaré, no podría alegar que desconocía que se había dejado sin efecto el nombramiento de don Bernardino Céspedes Pérez como Presidente del Directorio de la empresa demandante, situación que ha sido aceptada por la codemandada NBK Bank En Liquidación en la contestación de la demanda.

Décimo cuarto: Nos encontramos frente a un supuesto de ineficacia del acto contenido en el Pagaré N° 80072105, lo que determina que en función a los hechos descritos, las normas que resultan aplicables son las establecidas en los artículos 161 del Código Civil y 6 de la Ley N° 16587, estando a que se está frente a un supuesto de anulabilidad de acto jurídico celebrado por el representante excediendo sus facultades o careciendo de ellas; por lo que se advierte que, las instancias de mérito han incurrido en la infracción denunciada.

Décimo quinto: Si el acto jurídico no produce sus efectos normales (todos o algunos de ellos) es calificado de ineficaz. El acto es calificado de ineficaz

tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos como cuando se hacen cesar, los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas.

Décimo sexto: El artículo 161 del Código Civil regula el acto jurídico celebrado por representantes excediendo los límites de sus facultades, regulando su ineficacia respecto al representado, en igual sentido el artículo 6 de la Ley N° 16587 establecía que el que, por cualquier concepto, suscriba un título valor sin facultades para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiere obrado en nombre propio, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, y si lo paga adquiere los derechos que corresponderían al supuesto representado. La misma regla se aplicará al mandatario que excede sus facultades cuando en el aludido artículo 161 del Código Civil se prescribe que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros y que también es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye; siendo este el supuesto por el cual se ampara la demanda, por ello no corresponde sustentar la emisión de una sentencia que declare fundada una pretensión de nulidad de acto jurídico como se realizó tanto en la sentencia de primera como la de segunda instancia, toda vez que la operación de subsunción del supuesto de hecho a la norma que la sustenta, ha sido erróneamente realizada tanto más si se tiene en cuenta que los hechos expuestos, no sustentan una situación que amare declarar la nulidad del acto cuestionado, sino su anulabilidad.

Décimo sétimo: Por todo lo expuesto, actuando en sede de instancia en mérito a lo establecido en el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, la pretensión contenida en la demanda, esto es, que se declare la nulidad del Pagaré N° B0072105 por la suma de siete millones cuatrocientos ochenta y nueve mil quinientos nuevos soles de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve, por la causal de falta de manifestación de la voluntad, la demanda deviene en infundada, al no haberse acreditado la existencia de la causal de nulidad del acto jurídico que sustenta la pretensión, conforme a lo establecido en el artículo 196 del Código Procesal Civil.

DECISIÓN: Por tales consideraciones, y de conformidad con el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal C, vil: **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos sesenta y

siete por el Banco Financiero del Perú; asimismo se declare **FUNDADO** el recurso de casación, interpuesto a fojas trescientos cincuenta por NBK Bank En Liquidación; en consecuencia **CASAR** la sentencia de vista de fojas trescientos treinta y cuatro y siguientes, su fecha veinticuatro de junio de dos mil nueve; y actuando en sede de instancia se **REVOQUE** la sentencia de fojas doscientos veintidós y siguientes, su fecha dos de octubre (...) que declara fundada la demanda; y **REFORMÁNDOLA** se declare **INFUNDADA** la demanda de nulidad de acto jurídico; en los seguidos por Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima Abierta contra el Banco Financiero del Perú y otro sobre Nulidad de Acto Jurídico; y se **ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial, conforme a ley; y los devolvió.

SS. MAC RAE THAYS

Actos del apoderado en exceso de sus funciones: Ineficacia

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades conferidas resulta ineficaz con relación al representado. Sin embargo, dado que el acto jurídico puede ser ratificado por el representado, dicho acto comporta la sanción de nulidad relativa o anulabilidad, cosa que no es posible en un caso de nulidad en donde el vicio no puede ser subsanado con la confirmación. Por ello si en la demanda se peticiona la nulidad del acto y no su ineficacia se incumple con el requisito de procedencia relativo a la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, establecido en el artículo 427 inciso 5 del Código Procesal Civil.

Lima, diecisiete de diciembre de dos mil cuatro

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, en la causa vista en audiencia pública de la fecha emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, Milagros y Pilar Pascual del Campo, representadas por Margarita del Campo Vargas, contra la resolución de vista de fojas ciento cuarenticuatro, su fecha dos de setiembre de dos mil tres, que confirmando la resolución apelada de fojas cincuentiuno, fechada el siete de marzo de dos mil tres, declara in limine Improcedente la demanda; en los seguidos por Milagros y Pilar Pascual del Campo contra Calixto Romero Seminario sobre nulidad de acto jurídico.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha cinco de marzo del año en curso, ha estimado procedente el recurso solo por la causal de contravención de

normas que garantizan el derecho a un debido proceso; expresando como fundamentos: que se ha violado el artículo ciento treintinueve inciso tercero de la Constitución Política del Estado, así como el artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también los artículos ocho inciso primero y veinticinco inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, toda vez que su demanda cumplió con todos los requisitos de postulación procesal previsto en el artículo cuatrocientos veinticuatro, del Código Procesal Civil, no obstante, se le impide que tenga acceso a la justicia a pesar que se evidenciaría un derecho e interés legítimo, concluyendo que se habría vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación del derecho de acción.

CONSIDERANDO

Primero.- Que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de nivel constitucional contemplado en el artículo ciento treintinueve inciso tercero de la Carta Magna, el mismo que consiste en un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos que se pueden clasificar: i) como los que brindan acceso a la justicia: derecho de acción y de contradicción; ii) los que garantizan del debido proceso incoado: derecho al juez natural, defensa, imparcialidad, independencia, ofrecer medios probatorios, instancia plural, motivación de las resoluciones judiciales; y, iii) los que garantizan la ejecución de lo resuelto.

Segundo.- Que, en el primero rubro (sic) de derechos que comprenden la tutela jurisdiccional efectiva, esto es, los que brindan acceso a la justicia, destaca el derecho de acción, en virtud del cual cualquier persona tiene el derecho de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstuya, impida o disuada irrazonablemente; lo que significa que si hay razonabilidad para evitar el trámite de la petición, esto no viola el derecho de acción sino que armonizará con la Constitución; de allí que el derecho de acción tiene requisitos que cumplir los cuales son: a) los presupuestos procesales; y, b) las condiciones de la acción; lo que explica el por qué el Código Procesal Civil ha facultado al juez la verificación del cumplimiento de estos requisitos al momento de interponerse la demanda; siendo su insatisfacción causal para declarar ya sea la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia, según sea el caso.

Tercero.- Que, en efecto, tal como esta Sala de Casación ya ha establecido en sentencia casatoria dictada en la Casación número seiscientos

cincuentiocho - dos mil dos - Lambayeque, de fecha doce de julio de dos mil dos, “(...) la facultad con la que nuestro ordenamiento procesal vigente ha investido al juzgador para declarar in limine la improcedencia de las demandas, de conformidad con el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil obedece a la necesidad de: i) establecer una relación jurídica procesal válida desde el momento de interposición de la demanda, mediante el cumplimiento de las condiciones generales de la acción, ii) contar con petitorios que fuesen jurídica o físicamente posibles, con derechos controvertidos no caducos, cuyas pretensiones, en su caso, hayan sido debidamente acumuladas; iii) plantear el conflicto jurídico ante el órgano jurisdiccional competente, a fin de que el proceso no se desnaturalice con la sustanciación de pretensiones procesales que nacen muertas por cualesquiera de las situaciones descritas, violando los principios de economía y celeridad procesales con el consiguiente sobredimensionamiento de la carga procesal del Poder Judicial (...)”.

Cuarto.- Que en tal virtud, no afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la verificación del cumplimiento de los precitados requisitos; estableciendo el artículo cuatrocientos veintisiete inciso quinto del Código Procesal Civil, como un presupuesto procesal, que exista conexión lógica entre los hechos expuestos en la demanda y el petitorio de la misma; que en el presente caso, la parte actora pretende la declaración de nulidad absoluta de los actos jurídicos de transferencia de acciones que se detallan en la demanda realizados por Calixto Romero Seminario, en representación de Manuela del Campo Romero, bajo el argumento de que el representante no tenía facultades para disponer de los bienes de su poderdante sino solo de administrarlos, incurriéndose en las causales de nulidad previstas en el artículo doscientos diecinueve incisos sexto, sétimo y octavo del Código Civil.

Quinto.- Que, planteada así la demanda, el a quo la ha declarado in limine Improcedente invocando el referido artículo cuatrocientos veintisiete inciso quinto del Código Procesal Civil, señalando que no existe conexión lógica entre los hechos expuestos en la demanda y el petitorio, toda vez que el supuesto aducido por la actora conlleva a la ineficacia del acto jurídico y no a su nulidad absoluta, conforme lo regula el artículo ciento sesentiuno del Código Civil; resolución que apelada por la parte actora, es confirmada por el Superior Colegiado mediante auto de vista de fojas ciento cuarenticuatro; por cuya razón dicha parte interpone recurso de casación invocando la afectación del derecho al debido proceso.

Sexto.- Que, tal como ya se indicó, la declaración liminar de improcedencia de una demanda es perfectamente legal y constitucional; restando únicamente verificar si lo que aparece de autos configura efectivamente el supuesto de improcedencia de desconexión lógica entre los hechos y el petitorio.

Sétimo.- Que, el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido o violándolas, conocido como *falsus procurator*, resulta ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros, de conformidad con el artículo ciento sesentiuno del Código Civil; estableciendo el artículo ciento sesentidós del mismo Código que en los casos previstos por el citado artículo ciento sesentiuno, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración; lo que significa que la sanción de ineficacia establecida por la ley al acto jurídico celebrado por el falso procurador, comporta la nulidad relativa o anulabilidad del mismo, puesto que conforme al artículo doscientos treinta del citado Código, el acto anulable puede ser confirmado; en cambio, el acto nulo, de acuerdo al artículo doscientos veinte, *in fine*, del mismo cuerpo de leyes, no puede ser subsanado por la confirmación.

Octavo.- Que, ahora bien, surge inmediatamente la interrogante de qué entonces sanciona con nulidad el artículo ciento cincuentiséis del Código sustantivo; que este artículo establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad; texto que concordado con lo establecido en los artículos ciento sesentiuno y ciento sesentidós del mismo Código se puede concluir que la sanción de nulidad establecida en el artículo ciento cincuentiséis está referida a la formalidad del otorgamiento de representación para celebrar actos de disposición del representado y no en relación a los actos de disposición en sí mismos efectuados por el falso procurador sin contar con facultades; actos que son perfectamente separables.

Noveno.- Que, en tal virtud, de acuerdo a los hechos expuestos por la parte actora en su demanda, el petitorio no corresponde a una nulidad de acto jurídico sino a una ineficacia de acto jurídico; configurándose entonces, el requisito de procedencia establecido en el artículo cuatrocientos veintisiete inciso sexto del Código Procesal Civil; de tal modo que el resulta infundado y así debe ser declarado conforme al artículo trescientos noventisiete del precitado Código; estando a las consideraciones que preceden.

DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ciento cincuentiuno por Milagros y Pilar Pascual del Campo, representadas por Margarita del Campo Vegas, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas ciento cuarenticuatro su fecha dos de setiembre de dos mil tres; **CONDENARON** a las recurrentes al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso, así como a la multa de dos unidades de referencia procesal; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Milagros y Pilar Pascual del Campo, representadas por Margarita del Campo Vegas con Calixto Romero Seminario sobre nulidad de acto jurídico; y, los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN; TICONA POSTIGO; LAZARTE HUACO; RODRÍGUEZ ESQUECHE; EGÚSQUIZA ROCA.

Índice general

Presentación	5
Palabras preliminares	9

CAPÍTULO I

La relación entre la voluntad del representado y del representante en la celebración del negocio representativo

I.	Las teorías esbozadas por la doctrina	15
	1. La teoría del órgano	15
	2. La teoría del doble negocio.....	17
	3. La teoría de la división.....	18
	4. La teoría de la representación	20
II.	La reconstrucción de la relación	24
	1. Apreciaciones críticas	24
	1.1. El representante no es mero nuncio	24
	1.2. No existen dos negocios	26
	1.3. No existe división en la voluntad encaminada a la conclusión del negocio	27
	1.4. La voluntad del representado sí tiene relevancia jurídica	28
	2. La posición adoptada por el legislador peruano y algunas consideraciones sobre la <i>contemplatio domini</i> y la forma del apoderamiento.....	30

CAPÍTULO II

El negocio jurídico de apoderamiento, el poder de representación y la relación jurídica subyacente

I.	El negocio jurídico de apoderamiento. Sus caracteres principales	53
----	--	----

II.	¿Qué es el poder de representación?.....	79
1.	La teoría negadora del poder de representación: Las divagaciones poco ortodoxas del profesor Siegmund Schlossmann ..	83
2.	Teorías esbozadas por la doctrina en torno al poder de representación y la posición de la doctrina nacional.....	85
3.	Aproximación a los alcances de los conceptos involucrados.....	90
4.	Las diversas teorías a la luz de un análisis crítico	97
4.1.	El poder de representación no es un concepto carente de sentido.....	97
4.2.	El representante voluntario no es titular de un oficio o potestad.....	98
4.3.	El representante no adquiere la capacidad jurídica del representado.....	102
4.4.	El representante no es titular de un derecho subjetivo y la legitimación no describe con precisión su situación jurídica.....	103
4.5.	El poder de representación como poder jurídico negocial derivado	104
III.	La relación jurídica subyacente al poder de representación: La manera de entender la relación entre representación y mandato, el famoso artículo de Paul Laband y el “chauvinismo” de la doctrina francesa	112
IV.	Notas crítico-comparativas sobre la representación voluntaria y legal.....	121

CAPÍTULO III

Apuntes sobre algunos problemas conceptuales que aquejan a nuestra doctrina y jurisprudencia

I.	¿Realmente puede afirmarse, como cosa evidente, que el acto de un gerente sin poder es ineficaz, y no nulo?	127
----	---	-----

1.	La doctrina y jurisprudencia mayoritaria sobre el problema: La ineficacia del acto del gerente sin “poder”	128
2.	Crítica a la doctrina dominante: El gerente no es represen- tante, sino órgano, por lo que su actuación “sin poder”, se re- conduce a la figura del negocio bajo nombre ajeno.....	133
3.	Una cuestión donde supuestamente importaría poco la res- puesta adoptada	138
4.	Aproximación a una posible solución.....	142
II.	¿El negocio representativo es celebrado por el representado y no por el representante, como decía Savigny? ¿Qué ocurre con el negocio representativo si el negocio de apodera- miento es nulo, anulable o ineficaz? Algunas interrogran- tes no analizadas por nuestra doctrina, a propósito de la Cas. N° 115-2010-LAMBAYEQUE	145

ANEXO

Jurisprudencia

J1	CAS. N° 100-95-LIMA.....	155
J2	CAS. N° 2192-97-CHIMBOTE.....	159
J3	CAS. N° 738-99-CAÑETE	163
J4	Cas. N° 926-2000-LIMA.....	167
J5	CAS. N° 2596-02-LIMA.....	170
J6	CAS. N° 3777-2006-LAMBAYEQUE	174
J7	CAS. N° 2368-06-AREQUIPA.....	180
J8	CAS. N° 115-2010-LAMBAYEQUE	186
J9	CAS. N° 178-2004 LIMA.....	199
	Índice general.....	205

