EL ACTO JURÍDICO CELEBRADO POR REPRESENTANTE SIN FACULTADES O EXCEDIÉNDOLAS NO ES NULO NI ANULABLE

Alfredo F. SORIA AGUILAR(*)

TEMA RELEVANTE

El autor aborda un tema recurrente en la jurisprudencia estudiando el acto jurídico celebrado por el representante sin facultades. En ese contexto refiere que la actuación de este sujeto que celebra un acto jurídico en nombre de otra persona no trae consigo la nulidad o anulabilidad de tal acto, –supuestos de ineficacia estructural–, sino que sería un supuesto de ineficacia funcional, tratándose en específico de una causal de inoponibilidad de acto jurídico ante terceros, debido a la falta de legitimidad para contratar del mal llamado representante sin poder.

RESOLUCIÓN

Lima, 18 de febrero del dos mil tres.-

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

Primero.- Que, de lo actuado consta que se ha cumplido con todos los requisitos formales para el concesorio del recurso de casación y por lo tanto para la admisibilidad del mismo;

Segundo.- Que, la casación se funda en los incisos tercero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en: a) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por cuanto la sentencia de vista carece de motivación, por cuanto al revocar la sentencia de primera instancia no se ha cumplido con lo dispuesto por el artículo ciento veintidós inciso tercero del Código Procesal Civil, por cuanto no se indica ninguna norma procesal para proceder en tal forma, que el artículo doscientos veinte del Código civil establece claramente que puede alegar la nulidad quien tenga interés tal como ha sucedido pues la recurrente ha demandado la nulidad acreditando el interés en calidad de propietaria de los bienes contenidos en la escritura pública de constitución de prenda industrial de fecha doce de junio de mil novecientos veinticinco y escritura pública de ampliación de fianza solidaria y de la hipoteca que la respalda de fecha siete de noviembre de mil novecientos noventiséis y que el poder con el que había intervenido el señor Jesús Galdós en dichas escrituras habría sido revocado expresamente por el directorio del Banco, por lo que ya no contaba con facultades para intervenir en actos como los celebrados ilícitamente y se ha establecido que dicha persona está acostumbrada a intervenir en celebración de actos jurídicos con poderes revocados, por lo que al no tener facultades no se cumplía con el requisitos establecido en el artículo ciento cuarenta inciso primero del Código Civil que indica que para la validez del acto jurídico se requiere la intervención de agente capaz. Que, esto determina que habiendo intervenido el señor Galdós en representación del Banco demandado con poder revocado, las escrituras resultan nulas y b) la inaplicación del artículo ciento cuarenta y doscientos diecinueve incisos cuarto y sexto y artículo doscientos veinte del Código Civil;

(*) Árbitro del Centro de Arbitraje de la PUCP y del Centro de Arbitraje del OSCE. Docente de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), La Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y la Universidad del Pacífico (UP). Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa (PUCP). Estudios de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires. El presente artículo fue realizado con la colaboración de la señorita Roxana Antuanet Reyes Asencio, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Tercero.- Que, la sentencia de vista ha considerado que en el caso de autos el hecho de que haya intervenido un funcionario del Banco de Crédito, cuyo poder se encontraba revocado, es un hecho que solamente le afecta al Banco, por tanto quien debía pedir la nulidad es el Banco y si por el contrario el Banco ejecuta el acto en forma parcial o total se supone que está confirmando tácitamente la validez de los actos destinados a prestar dinero a la parte que ahora peticiona nulidad, y de conformidad con el artículo doscientos treintiuno del Código Civil, el acto queda confirmado si la parte a quien corresponde la acción de anulación conociendo la causal lo ejecuta total o parcialmente y que la parte que peticiona la nulidad en ningún momento cuando recibió el dinero, cuestionó la existencia de dichos vicios y que en este caso lo que procede es la anulabilidad del acto jurídico y no es un caso de nulidad, por lo que no cabía peticionar su nulidad como lo ha hecho la parte demandante y además reproduce en parte los fundamentos de la sentencia apelada que cita los artículos ciento sesentiuno y ciento sesentidós del Código Civil;

Cuarto.- Que, esto determina que la sentencia se encuentra debidamente motivada con fundamentos de hecho y de derecho, ya que por los fundamentos que contiene, evidentemente se trata de un caso de anulabilidad, porque el acto puede ser ratificado conforme con el artículo ciento sesentidós del Código Civil y no de nulidad, porque en esa circunstancia el acto jurídico nace muerto;

Quinto.- Que, además la recurrente no sustenta por qué deben aplicarse los artículos ciento cuarenta, doscientos diecinueve incisos cuarto y sexto y artículo doscientos veinte del Código Civil, que tampoco resultan aplicables para un caso de anulabilidad;

Sexto.- Que, en consecuencia la casación no contiene los requisitos de fondo contemplados en los acápites dos punto tres y dos punto dos del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, y aplicando el artículo trescientos noventidós del mismo Código, declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos diez contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventicuatro, de fecha treintiuno de octubre del dos mil dos; **CONDENARON** a la recurrente al pago de costas y costos originados en la tramitación del recurso, así como la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Carmen Rosa López Alegre con el Banco de Crédito del Perú, sobre Nulidad de Acto Jurídico: y los devolvieron.

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

INTRODUCCIÓN

El análisis de la presente casación tiene como principal objetivo aclarar conceptos vinculados a la ineficacia del acto jurídico[1], pues la carencia de claridad en la aplicación y utilización de la terminología jurídica adecuada, puede conllevar conclusiones confusas, inexactas e injustas en muchos casos.

En el presente caso, tanto en la sentencia de vista como en la etapa casatoria, los jueces concluyen que el acto jurídico celebrado por representante que no cuenta con las facultades que se atribuye, o excediendo las facultades otorgadas, sería un acto anulable únicamente porque puede ratificarse. Es decir, los jueces llegan a esta conclusión sin analizar si es que lo acreditado en el presente caso puede ser calificado en alguno de los supuestos de anulabilidad del acto jurídico establecidos por el artículo 221 del Código Civil[2].

Como desarrollaremos en el presente comentario, la representación directa sin poder no tiene como consecuencia la anulabilidad del acto jurídico, sino que supone un supuesto de ineficacia distinta a la anulabilidad o nulidad del acto jurídico.

(1) Se adoptará la clasificación de los supuestos de ineficacia que distinguen entre la ineficacia estructural e ineficacia funcional.

(2) **Código Civil**
Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:
1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante del error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

I. PRECISIONES CONCEPTUALES

1. Ineficacia

Todo acto jurídico "posee, desde la perspectiva del deber ser, la finalidad –causa final– de producir ciertos y determinados efectos y en ello residirá, precisamente, su eficacia. Es decir, que por eficacia del acto jurídico debemos entender la aptitud que se predica de él para alcanzar sus efectos propios"(3).

Por su parte, la ineficacia de un acto jurídico no se reduce a la mera falta de producción de los efectos pretendidos al celebrar el contrato, sino que, un acto es ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica, o porque aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, esta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio.

La ineficacia puede ser: i) inherente a la carencia, defectos o vicios constitutivos del acto jurídico, es decir, la ineficacia se encuentra vinculada a los requisitos de validez del acto jurídico, y ii) la ineficacia sobreviene a su celebración o se trata de defectos que son extraños a la estructura del negocio.

Como lo hemos anotado, la ineficacia puede ser por una causa estructural (intrínseca o vinculada a la invalidez del acto jurídico) o por una causa distinta que se configura cuando el negocio ya existe y es válido (extrínseco o no vinculada a la invalidez del acto jurídico). La doctrina reconoce estos dos escenarios de ineficacia como ineficacia estructural y funcional respectivamente, los cuales desarrollaremos a continuación.

2. Ineficacia estructural

Según Emilio Betti se presenta ante "anomalías inherentes al acto jurídico, es decir, en la fase de formación o celebración del mismo"; mientras que la segunda, se trata de "anomalías extrañas a la estructura del negocio"(4).

En la ineficacia estructural, la imperfección se encuentra en la génesis del acto defectuoso y se vincula con la "ausencia o defecto de los elementos esenciales en el proceso de formación negocial, o mejor dicho, una cuestión de invalidez"(5). En consecuencia, la ineficacia estructural se vincula con los supuestos de invalidez efectiva (nulidad)(6) o invalidez potencial (anulabilidad)(7).

El Código Civil no proporciona una definición acerca de la nulidad o la anulabilidad del acto jurídico. Por ello, es necesario recurrir a la doctrina, la cual utiliza nomenclaturas distintas(8).

a) Nulidad: Es nulo el acto jurídico al que le falta algún elemento esencial o el defecto intrínseco que contiene es tan grave que resulta insólita su permanencia. La nulidad es "el grado de invalidez que causa el acto o negocio cuando durante su perfeccionamiento se ha vulnerado el orden público por parte de sus autores, es decir, es un nivel de invalidez que compromete y agravia intereses superiores que nos atañen a todos los que nos organizamos en comunidad, cuyo efecto es la extinción de toda clase de efectos negociales, esto es, de raíz, haciéndolo inepto para generar efecto alguno"(9). La doctrina nacional concuerda con que el negocio nulo es aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito o aquel que teniendo los aspectos de su estructura tiene un contenido ilícito, por contravenir las buenas costumbres, el orden público y las normas imperativas. Los supuestos o causales de nulidad son descritos en el artículo 219 del Código Civil(10).

b) Anulabilidad: El acto jurídico anulable o sancionado con nulidad relativa, es el que puede ser impugnable a petición del interesado que invoca un perjuicio sufrido

(3) ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 128.

(4) BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. De Martínez Pérez, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

(5) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1997, p. 516.

(6) **Código Civil:** artículos 219 y 220.

(7) **Código Civil:** artículos 221 y 222.

(8) La Doctrina francesa distingue entre nulidades absolutas (o nulidades de orden público) y nulidades relativas (o anulabilidad), en el Derecho alemán se contrapone en cambio la nulidad a la impugnabilidad, en el Derecho italiano, la nulidad a la anulabilidad; en el Derecho español, se contrapone la nulidad absoluta – radical – o acto nulo, a la anulabilidad (En: ZANNONI, Eduardo. Ob. cit.).

(9) RAMÍREZ VAQUERO, Edgar. *La ineficacia en el negocio jurídico*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 58.

(10) **Código Civil**

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo en lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.

en razón del acto inválido en su origen. Desde nuestra perspectiva, la diferencia entre ambos conceptos –nulidad y anulabilidad– radica en la magnitud o intensidad de la falta, deficiencia o irregularidad en la estructura del acto y los afectados por los efectos presentes o futuros del mismo. Por ello, concordamos con Zannoni al afirmar que "el acto de nulidad absoluta es aquel que carece de algún elemento esencial, que viola una prohibición legal, que, por eso, es nulo de pleno derecho pudiendo ser alegada por cualquiera. El acto de nulidad relativa es solo impugnable vulnerable por quien ve afectado un interés en razón de las consecuencias de ese acto"(11). Es decir, la anulabilidad no puede ser alegada por una persona extraña al negocio jurídico, ni declarada de oficio, puesto que solo importa a la parte perjudicada.

Nuestro Código Civil enumera los supuestos para calificar a un acto como anulable en su artículo 221.

3. Ineficacia funcional

Según Zannoni "un acto puede ser ineficaz en razón de defectos o irregularidades constitutivos, es decir, que afectan en la estructura del acto jurídico, también hay otros supuestos en los que la ineficacia sobreviene en razón de que las estipulaciones del negocio, intrínsecamente idóneos dejan de constituir para los sujetos una regulación de intereses dotada de sentido"(12). No compartimos la terminología utilizada por Zannoni dado que el término "sobreviniente" que podría entenderse que solamente comprende a supuestos posteriores a la celebración del contrato, no incluye todos los supuestos de ineficacia funcional. Por lo que resulta más conveniente entender que este tipo de ineficacia tiene una causa exterior al negocio, es decir, no se trata de una causa vinculada a la estructura o validez del acto, sino que afecta su funcionamiento. Es así que concordamos con Betti al denominar este tipo de ineficacia como "ineficacia extrínseca"(13). Este término permite incluir dentro de sus alcances, a aquellos supuestos de ineficacia que podrían presentarse al momento de la celebración del acto jurídico, por ejemplo, como ocurre con las figuras de la rescisión, la inoponibilidad o la falta de legitimidad para contratar.

Sin perjuicio de la existencia de otras figuras de ineficacia funcional, mencionaremos, a manera de ejemplo, algunos de los supuestos más importantes de la misma:

a) Resolución(14)**:** Es un supuesto de ineficacia por una causa sobreviniente a la celebración de un contrato válido. Como señala De La Puente "la resolución sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen, ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones"(15).

b) Rescisión: El artículo 1370 del Código Civil establece que "la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración". Es decir, la rescisión es una forma de ineficacia funcional del contrato, ya que la causal de ineficacia se configura ante un contrato válido y no tiene incidencia en la falta de alguno de los elementos de validez del acto jurídico (estructura del acto), sino en un factor externo.

c) Revocación: La revocación permite extinguir actos jurídicos nacidos válidamente. Al respecto, Vidal Ramírez afirma que "(…) es una causa de extinción que puede operar respecto de los poderes, parcial o totalmente, si el representado decide disminuir las facultades que confirió con el apoderamiento y mantener la representación o si decide extinguirlos en su totalidad y, de este modo, extinguir también la representación"(16).

La revocación, como lo expresa Ferri, "resulta caracterizada por las siguientes notas: a) es un acto unilateral; b) debe provenir del autor del acto revocado; c) es siempre realizada extrajudicialmente; d) no es necesariamente condicionada por circunstancias sobrevenidas o hechos nuevos"(17).

---

6. Cuando no revista la forma prescriba bajo sanción de nulidad.

7. Cuando la ley lo declara nulo.

8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".

(11) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 155.

(12) Ibídem. p. 125.

(13) BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2ª edición, Trad. Martínez Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 348.

(14) **Código Civil:** artículos 1428, 1429, 1430 y 1431.

(15) DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo II, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1993, pp. 190-191.

(16) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 384.

(17) FERRI, Luigi, voz: "Revoca in generale". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Varese, 1989, p. 198. Citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Grijley, Lima, 2006, pp. 444-445.

d) Inoponibilidad: Con ocasión de la casación bajo comentario, es importante desarrollar la figura de la inoponibilidad, puesto que también configura un tipo de ineficacia funcional. Como lo precisa Zannoni "(…) en este caso no se trata de un acto válido entre las partes e inválido para ciertos terceros, no está en juego la validez o eficacia estructural del negocio, sino una ineficacia funcional. El acto válido no puede ser inválido a la vez. Pero el acto válido puede incidir 'disfuncionalmente' respecto de intereses legítimos ajenos a los sujetos que lo otorgaron"[18].

En conclusión, el acto inoponible es ineficaz respecto de terceros, pero conserva toda su validez y eficacia entre las partes, es decir, la eficacia del negocio jurídico no es total respecto de todas las personas, pues ciertos terceros pueden desconocerlo como si no existiera.

> ***"No se puede confundir el término agente incapaz, con agente con falta de representación o agente con falta de legitimidad para contratar. El primero supone que quien celebró el acto jurídico no cuenta con capacidad de ejercicio mientras que la falta de representación no se refiere a la ausencia de dicha capacidad."***

Precisamente, un ejemplo claro de inoponibilidad en nuestra codificación, es el artículo 161 del Código Civil que establece 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.

4. La representación

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona. Precisamente este último supuesto constituye la figura jurídica de la representación.

La representación facilita la celebración de actos jurídicos entre personas ausentes o que, por cuestiones de hecho o de derecho, no pueden celebrarlos por sí mismo.

Esta figura es conceptualizada por Vidal Ramírez como "una figura típica y autónoma, en virtud de la cual una persona, que viene a ser el representante, celebra uno o más actos jurídicos en cautela de los intereses de otra, que viene a ser el representado"[19]. En términos más simples, la representación consiste en realizar actos jurídicos en nombre de otra persona.

Los efectos jurídicos producidos en la celebración de dicho acto, van directamente imputados a la esfera jurídica del representado.

El segundo párrafo del artículo 145 reconoce dos fuentes de la representación, ya que refiere: "La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley". En doctrina, la primera se refiere a la representación voluntaria, la cual según Díez-Picazo, "es obra de la voluntad del representado, quien mediante un acto de voluntad crea una situación o relación representativa"; y la segunda se refiere a la representación legal, la cual se fundamenta en "el carácter protector del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales que carecen de capacidad de ejercicio, o que se encuentran en una situación de hecho como los desaparecidos o de derecho los ausentes que requieren de la cautela de sus intereses"[20].

5. El poder

Como lo describe Vidal Ramírez "el poder es la facultad o conjunto de facultades que el representado confiere a quien designa como representante, autorizándolo para generar efectos jurídicos que van a recaer en su esfera jurídica, que entable con los terceros con quienes celebre los actos representativos"[21].

6. La ratificación

La ratificación es "un acto jurídico unilateral recepticio por el que el indebidamente representado acepta o aprueba el acto celebrado por quien se excedió en los límites de la facultad, las violó o se atribuyó la representación sin que nunca se la hubieran otorgado. Es un acto unilateral recepticio, pues la manifestación de voluntad se dirige a quienes celebraron el acto representativo anómalo, que solo le compete al representado"[22].

Producida la ratificación, sus efectos son retroactivos, como si la eficacia del acto jurídico celebrado por el representante sin poder hubiera ingresado a la esfera jurídica del representado sin mediar exceso de límites, sin violar el acto representativo o como si el representado hubiese otorgado su representación con anterioridad al acto

(18) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit.
(19) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit.
(20) Ídem.
(21) Ídem.
(22) Ídem.

representativo. No obstante, este efecto retroactivo deja a salvo el derecho de terceros.

En conclusión, una vez ratificado el acto anómalo (representación sin poder) el representado valida tal acto, e introduce todos los efectos a su esfera jurídica desde su celebración. Cesa la inoponibilidad hacia su persona, y se convierte en oponible, es decir, el ordenamiento lo obliga a respetar la validez y eficacia, asumiendo la responsabilidad de dichos efectos.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. Resumen del caso

El señor Jesús Galdós, supuesto representante del Banco de Crédito del Perú (BCP), realizó un acto jurídico –préstamo hipotecario– con Carmen Rosa López. Esta última solicita la nulidad del acto alegando que: a) la representación del sr. Galdós había sido revocada, por lo tanto, ya no contaba con facultades para intervenir en representación del BCP al momento de la celebración del acto jurídico cuestionado; b) falta de agente capaz, ya que según el artículo 140 inciso 1 para la validez del acto jurídico se requiere de agente capaz; y, c) inaplicación de los artículos 140, 219 incisos 4 y 6, así como el artículo 220 del Código Civil.

Tanto en la sentencia de vista como en la casación se concluye que la anulabilidad es la acción que corresponde ante un acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye[23]. Así, se descarta la acción de nulidad porque el acto celebrado podría ser ratificado por el BCP conforme con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil.

2. Acto jurídico celebrado por quien carece de representación

En el presente caso, el señor Jesús Galdós celebra el acto jurídico en representación del BCP, careciendo de dicha potestad, dado que la entidad financiera le había revocado la mencionada atribución. Según lo afirmado por Vidal Ramírez, la revocación "(…) es una causa de extinción que puede operar respecto de los poderes, parcial o totalmente, si el representado decide disminuir las facultades que confirió con el apoderamiento y mantener la representación o si decide extinguirlos en su totalidad y, de este modo, extinguir también la representación"[24].

En consecuencia, la revocación extinguió la representación voluntaria otorgada, y por ende, el sr. Jesús Galdós no contaba con facultades para representar al BCP, en el préstamo hipotecario suscrito con la sra. Carmen Rosa López. Por lo tanto, el sr. Galdós ya no era representante del BCP al momento de realizar el contrato hipotecario.

En términos jurídicos, los hechos corresponden al supuesto de hecho regulado por el artículo 161 del Código Civil, dado que el agente actuó como representante del BCP, sin serlo (ausencia de representación), y no se trata de un supuesto de extralimitación o violación de las facultades otorgadas.

La nulidad y la anulabilidad no son los únicos supuestos de ineficacia del acto jurídico. Como hemos descrito, ambos supuestos se encuentran vinculados a la carencia, deficiencia o vicios en alguno de los elementos de validez del acto jurídico señalados en el artículo 140 del Código Civil y, por ello, se consideran supuestos de ineficacia estructural. A continuación analizaremos si es que el acto jurídico celebrado por quien carece de representación constituye un acto jurídico nulo o anulable, o si por el contrario, corresponde calificarlo como un supuesto de ineficacia distinto.

3. Acto jurídico celebrado por quien carece de representación no es un supuesto de nulidad de acto jurídico

El acto jurídico celebrado por quien carece de representación no constituye un supuesto de nulidad porque no se encuentra en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 219 del Código Civil.

En el presente caso, se pretende sustentar la nulidad del acto jurídico celebrado por quien carece de la representación, en las causales de agente incapaz, de fin ilícito y no cumplimiento de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Analizaremos, a continuación, cada uno de dichos supuestos:

a) ¿Agente incapaz?

El representante tiene que estar dotado de las facultades o poderes que el representado le ha otorgado, precisamente para que los efectos de los actos representativos que celebre se dirijan directamente a su esfera jurídica. Para ello, el artículo 164 del Código Civil dispone que: "El representante está obligado a comunicarlo o expresarlo en todos los actos que celebre que procede a nombre del representado y si fuese requerido, a acreditar sus facultades".

Sin embargo, el mal llamado "representante sin poder" constituye una anomalía de la representación, porque quien actúa como representante carece de poder para la

(23) Este es el supuesto de quien actúa con una representación que ha sido revocada.
(24) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 384.

celebración del acto representativo. Al respecto, Betti refiere que: "La representación sin poder es cuando quien obra en representación no respeta los límites (de contenido) de los poderes conferidos, o se encuentra en conflicto de intereses con el representado, o actúa traspasando los límites de tiempo, cuando la representación ha cesado, o se comporta como representante sin haber sido nunca tal"[25].

Respondiendo a la pregunta, nuestra legislación ya ha dado una solución en el artículo 161 del Código Civil:

> "Artículo 161.- Representación directa sin poder
>
> 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 representando el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye".

La ineficacia no significa que el acto sea nulo o anulable, sino que no despliega sus efectos hacia la esfera jurídica de quien ha sido indebidamente representado, por lo que, si este no ratifica el acto celebrado, el tercero contratante no tiene nada que exigirle y solo podrá dirigir sus pretensiones contra el representante sin poder, quien además queda obligado por los daños y perjuicios que irrogue al tercero contratante o a otros terceros y; aun, al mismo representado.

Evidentemente, no se puede confundir el término agente incapaz, con agente con falta de representación o agente con falta de legitimidad para contratar.

El supuesto de agente incapaz supone que quien celebró el acto jurídico no cuenta con capacidad de ejercicio, lo cual no es lo que se cuestiona en el presente caso. El presente caso no se refiere a que el sr. Galdós sea un menor de dieciséis años, o se encuentre privado de discernimiento, o que sea sordo-mudo, ciego-sordo o ciego-sordo que no pueda expresar su voluntad de manera indubitable.

En conclusión, el contrato hipotecario no constituye un acto jurídico nulo por la causal de agente incapaz. La falta de representación al momento de celebrar el acto tiene como consecuencia la ineficacia frente al representado, pero dicha ineficacia no se encuentra vinculada a la falta de agente capaz.

b) ¿Finalidad ilícita?

En el ámbito de los contratos, la finalidad o causa[26] del acto jurídico es la función que dicho negocio va a cumplir y no debe confundirse con el motivo que anima a alguna de las partes a celebrar el contrato. Por ello, cuando el inciso 3 del artículo 140 del Código Civil señala que el acto jurídico requiere para su validez contar con fin lícito, la norma se está refiriendo a aquella causa concreta que ambas partes buscan con la celebración del acto y no a la finalidad o motivo que cada una de las partes se representa en su fuero interno.

Como lo expresa la Casación Nº 939-2004-Lima: "La ilicitud de la finalidad del acto jurídico se va a producir cuando los efectos jurídicos generados por la manifestación de voluntad no pueden recibir el amparo del derecho objetivo por contravenir al orden legal". En consecuencia, "la ilicitud de la causa es ilicitud del propósito que el contrato busca perseguir"[27]. Es decir, la ilicitud del propósito que ambas partes han causalizado al celebrar el negocio.

Por otro lado, Escobar propone que "para determinar la ilicitud de la causa se debe atender a la función económica que concretamente cumpla el negocio y no a la que en abstracto le corresponde por su tipo negocial[28]. En consecuencia, un contrato con finalidad ilícita es aquel acto jurídico en el que las partes persiguen una consecuencia ilícita o ilegal, ya sea utilizando figuras con regulación legal propia (contratos típicos) o figuras carentes de regulación legal (contratos atípicos).

Conforme con lo anotado, nos preguntamos ¿el acto jurídico celebrado por quien carece de representación tiene una finalidad ilícita? La respuesta es sencilla: en el acto celebrado sin representación (contrato de préstamo hipotecario), el propósito de las partes[29] no fue perseguir algo ilícito, en consecuencia dicho acto no puede considerarse como nulo por tener un fin ilícito.

c) ¿Se incumplió la forma prescrita?

Por último, se mencionó en la casación la afectación del inciso 6 del artículo 119 del Código Civil para sustentar

(25) BETTI, Emilio. Ob. cit.

(26) Como lo expresa Taboada "la palabra fin en Derecho Civil, específicamente en materia de negocios jurídicos y de contratos, está vinculada necesariamente al concepto de causa". En: TABOADA, Lizardo. *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 2006, p. 167.

(27) FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Grijley, Lima, 2004, p. 222.

(28) ESCOBAR, Freddy. "Comentarios al artículo 219 del Código Civil". En: *Código Civil Comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 921.

(29) Las partes son el sr. Jesús Galdós y la sra. Carmen Rosa López.

la nulidad del acto. Este inciso se refiere a la no observación de la forma prescrita para celebrar el acto, bajo sanción de nulidad. Al respecto, la representación es regulada bajo el principio general de libertad de forma. En efecto, la ley, como regla general, no prescribe una forma obligatoria para otorgar la representación, salvo el supuesto específico del poder especial para actos de disposición, regulado en el artículo 156 del Código Civil(30).

En el presente caso, el señor Galdós no ha enajenado un bien del BCP ni ha constituido una garantía hipotecaria que afecte un bien del BCP, sin embargo, pudo interpretarse que el préstamo hipotecario constituye un acto de disposición y por ello, para otorgar la representación, era necesario el cumplimiento de la forma prescrita por el Código Civil.

Si es que se hubiera analizado este último aspecto, en el presente caso, igual podría concluirse que existió un contrato de préstamo hipotecario entre el BCP y la señora Carmen Rosa López, dado que, en los hechos, ambas partes consintieron y ejecutaron dicho contrato. Es decir, existió un acuerdo tácito entre el BCP y la señora López. Efectivamente, desde el punto de vista jurídico, el comportamiento del BCP y de la susodicha no podría considerarse una ratificación del acto celebrado entre el señor Galdós y la mencionada señora, dado que no se podría ratificar un acto jurídico nulo. Sin embargo, se trata de un nuevo acuerdo posterior al celebrado entre los antes señalados, que contendría las mismas estipulaciones del acto jurídico considerado como nulo.

4. El acto jurídico celebrado por quien carece de representación no es un supuesto de anulabilidad del acto jurídico

El artículo 221 del Código Civil establece los supuestos en los que un acto puede considerarse como anulable, estos son: a) por incapacidad relativa, no hay afirmaciones ni indicios acerca que el señor Galdós incurra en uno de los supuestos del artículo 44(31), o al menos no figuran en la casación; b) por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, la parte afectada no alegó la presencia de ningún vicio de la voluntad al momento de la celebración del acto. La actuación de un representante sin poder no implica en modo alguno un vicio de la voluntad del acto; c) por simulación relativa, sugerimos que el análisis de esta causal es en vano, ya que evidentemente, el contrato hipotecario no ha sido simulado; y por último, d) cuando la ley lo declara anulable, lo cual no corresponde al presente caso, dado que el artículo 161 del Código Civil regula la figura de la representación sin poder, estableciendo la ineficacia de dicho acto frente al representado, pero no considerándolo como anulable.

5. El acto jurídico celebrado por quien carece de representación es un supuesto de inoponibilidad

El artículo 161 del Código Civil regula este tipo de anomalía –falta de representación– como un caso de ineficacia frente al representado, mas no implica una nulidad del acto jurídico celebrado.

En el caso concreto, la falta de legitimación en la actuación del agente, ocasiona que los efectos jurídicos producidos por la celebración del acto por el señor Galdós no le sean oponibles al BCP. La doctrina denomina a esta ineficacia funcional como: inoponibilidad, es decir, ineficaz frente a terceros, salvo que el acto jurídico sea ratificado como ocurrió en el presente caso, con la ejecución contractual realizada por el BCP, de lo estipulado por el señor Galdós.

El supuesto de inoponibilidad surge como consecuencia de la falta de legitimidad para contratar. En estos casos, como lo anota acertadamente Morales: "el verdadero titular del derecho tiene el poder de solicitar la inoponibilidad o de formular la excepción de inoponibilidad del contrato celebrado entre el no titular del derecho y el tercero. (…) los efectos del contrato celebrado entre un no titular del derecho y el otro contratante no le afectan o que no se le aplican a su esfera jurídica (…)"(32).

(30) Artículo 156 del Código Civil.- "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".

(31) **Código Civil**

Artículo 44.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

(32) MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011, p. 311.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La presente casación nos propone las siguientes conclusiones:

a) El acto jurídico celebrado por quien carece de la representación no implica la nulidad ni la anulabilidad del acto jurídico celebrado.

b) No se debe confundir la ausencia de agente capaz con agente sin representación (extralimitación, violación o ausencia de facultades). La ausencia de representación implica la falta de legitimidad para contratar y de ninguna manera, la falta de capacidad de ejercicio.

c) El acto jurídico celebrado por quien carece de la representación implica la ineficacia del acto jurídico celebrado. Dicha ineficacia es la inoponibilidad del acto jurídico celebrado frente al supuesto representado.

d) La nulidad de la representación puede solicitarse ante la inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, establecida por el Código Civil para los actos de disposición de los bienes del representado.

Crónicas jurisprudenciales

Separación de hecho por motivo laboral no da lugar a divorcio

La separación temporal de los cónyuges no debe tener como causa hechos ajenos a la voluntad de ambos, esto es sin que una necesidad jurídica lo imponga, por ejemplo, si por razones de trabajo uno de los casados se ausenta siempre que acredite el cumplimiento de la obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges por mutuo acuerdo, la causal no es viable. *(Cas. N° 911-2009-Lima.* Diálogo con la Jurisprudencia *Nº 145 - octubre 2010. Entre corchetes)*.