

EL ACTO EN EXCESO DE FACULTADES DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA ¿REALMENTE ES INEFICAZ?

Jhushein FORT NINAMANCCO CÓRDOVA¹

RESUMEN

Durante buen tiempo, vigente el actual Código Civil, nuestra Corte Suprema consideró que el acto jurídico celebrado por un representante sin poder era anulable, de conformidad con la posibilidad de “subsanción” 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.

Nuestra doctrina en el campo civil 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 aplica-

ción del artículo 161 del *Código Civil* se refieren a los negocios celebrados por un gerente que no cuenta facultades suficientes.

Una parte de la doctrina mercantil nacional es menos específica 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 sólo 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 estricto². 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.

ABSTRACT

During good weather, force the current Civil Code, our Supreme Court held that the legal act concluded by an agent without power was voidable in accordance with the possibility

1 Profesor de la asignatura de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Ricardo Palma.

2 Enrique ELÍAS LAROZA. *Derecho societario peruano*. Lima-Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 44, 389 y 390.

of “cure” under Article 230 of the Civil Code. Thus, on the basis of an unwarranted reductionist approach also grossly confused the concepts of confirmation and ratification, it was understood that a “flawed” business could be void or voidable, depending on whether the defect containing or could not be remedied. There was no place for a third possibility.

Our doctrine in the civil field acts in the same way that the Supreme Court of the Republic, since it understands that legal transactions made by the manager that it has no power to assumptions that are very easily fall within the regulations contained mentioned in Article 161.

It is sufficient to note that a significant segment of opinion was holding, the paradigmatic assumptions that under Article 161 of the Civil Code relating to the business held by a manager who does not have sufficient authority.

Part of the national commercial doctrine is less specific since it does not indicate whether the legal transaction concluded by a manager is unable to void, voidable or unenforceable in the strict sense, as only indicative paraphrase section 13 of the Corporations Act –that such businesses do not require the society, which-certainly-true whether one considers that it is void or ineffective business strictly. Another important review in the trade area does seem to be more timely, noting that legal transactions performed by a manager unable to be ineffective, invalid.

PALABRAS CLAVES

Representación – acto jurídico – doctrina – derecho comparado – acto nulo – acto ineficaz – teorías – voluntad.

I. *Introducción*

En este ensayo no pretendo más que llamar la atención sobre un problema que 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 y jurisprudencia.

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 la mismo cualquiera de las dos posibles respuestas que se adopte.

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

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 (y jurisprudencia) 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 operadores jurídicos, en estos casos, puedan encontrarse ante un serio aprieto.

Si bien los supuestos de “representación orgánica” son variados, en las siguientes líneas se hará referencia a aquello al que sin duda alguna es el más emblemático: el del gerente de una sociedad anónima.

II. *La situación del acto celebrado por un representante sin poder: las teorías esbozadas por la doctrina*

Recientemente, una autorizada doctrina española ha graficado, con encomiable poder

de síntesis, las diversas teorías que la doctrina ha esbozado para explicar la situación del acto o negocio jurídico celebrado por un representante que carece de poder de representación. Al respecto, se afirma que la “doctrina moderna (alemana, italiana, española) es ahora menos dogmática, argumenta más a partir de textos legales y atendiendo al fenómeno jurídico más que a ideas y prejuicios, con lo que la dialéctica y los enfrentamientos tienen menos acritud y es más fácil el trasvase de ideas”³.

Las teorías más importantes son cinco, las cuales paso a exponer de forma sucinta, tomando como base la doctrina que acabo de citar⁴:

3 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Representación sin poder y ratificación*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 159. El autor, es necesario mencionarlo, informa sobre la forma en que abordan el tema los estudiosos del sistema anglosajón. Éstos, manejando un enfoque alejado de las construcciones conceptuales y dogmáticas propias del *civil law*, tienen poca preocupación sobre la naturaleza y situación jurídica del acto celebrado por el representante sin poder, salvo su ineficacia frente al representado o *dominus*; “y les importa mucho más (de ahí la amplia jurisprudencia y *casos* esgrimidos) la cuestión de la vinculación del cocontratante y su posibilidad, casos y tiempo, de desvincularse respecto del contrato y del *dominus*, o la responsabilidad en que puede incurrir el *falsus procurator*” (Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 159 y 160, nota 209).

4 No resulta ocioso recordar ahora que, 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 verse: Juan ESPINOZA ESPINOZA. *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 483 ss.)

- a) *La teoría de la nulidad*: el negocio realizado por un representante sin poder debe entenderse como nulo dado que se encuentra ausente la declaración de voluntad del representado, que es la auténtica parte del acto jurídico. En consecuencia, tal acto no requeriría de ninguna impugnación por parte del representado ya que su ausencia de efectos sería de pleno derecho; pero hay que precisar que en ese marco conceptual hay distintas variantes: inexistencia, nulidad absoluta, o relativa, nulidad “sanable”⁵.

Aunque la doctrina europea mayoritaria se aparta de esta teoría, la misma cuenta con un firme defensor en tierras españolas: Antonio Gordillo Cañas. Para este autor, el acto realizado por el representante carente de poder no puede considerarse como válido, ni siquiera como existente, ya que la declaración del pseudo-representante (antes de la ratificación, claro está) no puede imputarse al representado (o, mejor dicho, falso representado) precisamente por falta de poder de representación, pero tampoco puede imputarse al propio pseudo-representante, ya que, al obrar en nombre ajeno, excluyó su voluntad de quedar vinculado por el negocio que ha celebrado. Por consiguiente, lo correcto sería concluir que la adecuada calificación del negocio representativo celebrado sin poder sería la de su nulidad, entendida en un sentido amplio, como equivalente a inexistencia⁶.

- b) *La teoría de la anulabilidad*: el negocio representativo sin poder se concibe como existente, pero inválido. El tipo de invalidez es la anulabilidad, y no la nulidad propiamente dicha, al entenderse como equivalentes los conceptos de

5 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 160, nota 210.

6 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 161.

ratificación y confirmación del negocio anulable⁷.

- c) *La teoría de la eficacia sometida a condición*: el negocio celebrado por el pseudo-representante es perfecto y válido, pero ineficaz mientras no se verifique la ratificación. De esta manera, la ratificación actúa como condición suspensiva impuesta por el sistema legal, constituyéndose en una *conditio iuris*. Esta teoría parte de la consideración según la cual la declaración del falso representante tiene una existencia innegable y exenta de vicios, de modo que la ratificación sólo actuaría sobre la eficacia del negocio. En vista de su *Código Civil*, algunos autores italianos suelen destacar que esta teoría tutela de modo conveniente los intereses del falso representado y del tercero contratante. Por un lado, el supuesto representado no sufre ninguna alteración no autorizada por él en su esfera jurídica y, al mismo tiempo, puede hacer suyo el negocio si lo desea, vía ratificación. Por otro lado, el tercero contratante se encuentra habilitado para demandar al *falsus procurator* por los daños que se puedan presentar como consecuencia de la ineficacia, y mantiene la esperanza de que el falso representado se anime a ratificar. Esta teoría encuentra sus primeros antecedentes en los trabajos de los juristas alemanes Ernst Zimmermann y Otto Karlowa, manteniendo una amplia audiencia en la doctrina actual de su país y en Italia. En España, sin embargo, no parece haber tenido tanta acogida⁸.
- d) *La teoría de la oferta*: parte de la premisa de que la voluntad del falso representado es decisiva para la configuración del negocio, al ser éste el verdadero interesado, razón por la cual no hay negocio

antes de que ocurra la ratificación. Ésta haría determinado al negocio. Por ello, “lo preparado por el representante sin poder con el tercero sólo puede ser considerado como una oferta del tercero al *dominus*, que se convierte en negocio al sobrevenir la aceptación de éste a través de la ratificación”⁹.

- e) *La teoría del negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación sucesiva*¹⁰: se fundamenta, sin duda alguna, en la famosa teoría de la cooperación del romanista vienés Ludwig Mitteis. En efecto, se entiende que el negocio representativo es producto de una declaración conjunta del representado y del representante. No es el representado solo quien actúa (como quería Friedrich Karl Savigny, al afirmar que el representante no resultaba ser más que un órgano del representado¹¹) en la celebración del negocio representativo, ni tampoco el representante en solitario (como quiere la llamada “teoría de la representación”). Así las cosas, el negocio realizado por el falso representante debe entenderse como *iniciado*, no como inexistente. Mientras no haya ratificación, lo que hay es un negocio *incompleto*: ya existe un ingrediente primordial, la declaración del representante, pero falta otro ingrediente igual de importante, la declaración de voluntad del representado. Cuando ésta llega, el negocio representativo se perfecciona y adquiere toda su eficacia.

Como bien advierte el autor que vengo citando, esta teoría se emparenta con la teoría de la oferta, teniendo como pun-

7 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 160, nota 210.

8 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 163.

9 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 160, nota 210.

10 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 160, nota 210 y pp. 164 y 165.

11 Al respecto, permítaseme remitir a: Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Poderes de representación. Aspectos doctrinarios y casuística jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 15-17.

to de partida los trabajos de Alessandro Graziani y Salvatore Pugliatti. Consideran que el negocio realizado por un falso representante no carece de voluntad (porque efectivamente se ha ejecutado una declaración de voluntad), sino que le hace falta sólo uno de sus elementos volitivos que debe provenir del representado; ya hay una voluntad de contenido, declarada por el *falsus procurator*; hace falta la voluntad de decisión del supuesto representado; por tanto, antes de la ratificación, hay un negocio en potencia, esto es un negocio que se encuentra todavía en vías de formación, llegando a nacer con el arribo de un ulterior elemento constitutivo: la ratificación. Esta teoría parece haber tenido un éxito relativo en Alemania e Italia, pero sí ha conseguido imponerse en España¹².

III. Análisis crítico de las teorías

Para empezar, cabe señalar que las teorías de la anulabilidad y de la oferta se consideran ya superadas y desestimadas por la moderna doctrina. Ésta última no puede ser admitida porque reduce indebidamente el papel del falso representante al de mero oferente, sin ninguna vinculación, cuando claramente es más que eso. En efecto, el artículo 162 del *Código Civil* señala claramente que existe una relación jurídica entre el falso representante y el tercero, en la que no interviene el falso representado, y que puede ser resuelta antes de la ratificación de éste. Mal se hace, en consecuencia, en concebir al *falsus procurator* como un mero oferente. De igual forma, la teoría de la oferta no explica de forma conveniente el actuar del falso representante en la realización de actos unilaterales. Imaginemos el caso de una oferta realizada por un pseudo-representante ¿Es admisible entender que esta oferta es, a su vez, una oferta del *falsus procurator*

dirigida al falso representado? Si se verifica la ratificación de esta oferta, se tendría que concluir que la oferta es un contrato, pero que no produce efecto jurídico alguno sobre una de las partes, el falso representante. Inaceptable, por supuesto. Se agrega que esta teoría no brinda tampoco una explicación satisfactoria de la representación "en los actos jurídicos en sentido estricto ni la representación pasiva"¹³.

Con respecto a la teoría de la anulabilidad, no es de recibo equiparar el negocio anulable al negocio pendiente de ratificación. El primero está completo y ya produce efectos sobre la parte interesada (aunque tales efectos tengan carácter provisorio o "precario" hasta la anulación), cosa que no sucede con el negocio realizado por el falso representante, que, en tanto no ocurra la ratificación, ningún efecto produce sobre la esfera jurídica del que sería el genuino interesado. De igual manera, si el afectado con el vicio de anulabilidad desea desvincularse, es necesario que proceda a impugnar el negocio. En cambio, el supuesto representado que no tiene interés alguno en el negocio celebrado sin su autorización, no tiene necesidad alguna de impugnar tal negocio. Y es que la ineficacia es de pleno derecho, lo que de ninguna manera sucede con la anulabilidad (que requiere la sentencia constitutiva respectiva, conforme indica la primera parte del artículo 222 del *Código Civil*). Además, la confirmación es realizada por quien ha declarado su voluntad en el negocio viciado con la anulabilidad, cosa que no ocurre en la ratificación, que es efectuada por quien nada ha declarado en el negocio: el falso representado. La asimilación entre ratificación y confirmación es evidentemente impertinente¹⁴.

Por otro lado, suscribo por completo las críticas que se han formulado contra la teoría de la nulidad. No cabe hablar aquí de nulidad o inexistencia, puesto que el negocio celebrado por el falso representante, como ya se indi-

12 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 160, nota 210 y p. 165

13 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 160, nota 211.

14 *Loc. cit.*

có líneas arriba, genera una verdadera relación jurídica con el tercero contratante, que puede ser materia de resolución. Si el acto celebrado por el *falsus procurator* fuera nulo, tal relación no debería surgir. Además, no puede dejar de recordarse que, según nuestro sistema, la nulidad no admite subsanación, de manera que la ineficacia resulta no solamente originaria, sino también definitiva, lo que no acontece con el negocio del falso representante, que puede adquirir plena eficacia gracias a la ratificación posterior¹⁵. Gordillo afirma que este negocio no es más que una suerte de elemento fáctico, no jurídico (*quid facti*). Francisco Rivero, en posición que hay que compartir por lo que se acaba de anotar, advierte que es inviable sostener que el negocio así celebrado sea nada jurídicamente (*quid juris*)¹⁶.

Ahora bien, como ha sido notado inteligentemente¹⁷, buena parte de este debate depende de la posición que se adopte en torno al problema del rol que cumplen las declaraciones de voluntad del representado y representante de cara al negocio representativo:

Si se sigue la teoría de la representación, que considera que el negocio representativo es celebrado íntegramente por el representante, se entenderá que la ratificación del supuesto representado únicamente actúa sobre la eficacia del negocio (cuya estructura, repito, habría sido ultimada por el propio *falsus procurator*). Así, la ratificación constituiría un requisito de eficacia, de manera que el acto celebrado por el falso representante sería ineficaz. Como se comprenderá, se trataría de una ineficacia suspendida hasta el momento en el cual se produzca la ratificación.

No obstante, el autor que vengo citando defiende planteamientos que se pueden asociar

a la llamada teoría de la cooperación de Mitteis. Mi opinión, desarrollada con cierta amplitud en mi monografía anterior, es diferente: yo sigo los planteamientos de la teoría de la representación, defendidas con fuerza por Josef Hupka en su clásico libro. Considero que Hupka logró refutar de forma contundente la celebrada teoría de su maestro. Empero, como profetizó Carl Crome¹⁸, no tengo más remedio que reconocer que la teoría de Mitteis ha tenido un gran porvenir. Su idea central ha sido revalorada en Alemania por Wolfram Müller Freienfels¹⁹ y, en España, por autores del prestigio de Luis Díez Picazo y Francisco Rivero. Sobre el particular, dice este último:

En mi opinión es más correcto el razonamiento que ofrece a este respecto la teoría del negocio incompleto y en vías de formación, como creo que es el del falso representante una vez que me incliné por la teoría de la cooperación a la hora de explicar el fundamento de la representación –en general, y también en el negocio del *falsus procurator*, que lo es–; y por la concepción de este negocio como complejo, formado por la actividad jurídica del representante y la voluntad del representado, participe éste con su poder o previo o con la ratificación ulterior; actos que, si bien autónomos estructuralmente, funcionalmente sólo se justifican en relación con el negocio que el principal autoriza que afecte a su esfera jurídica; negocios en el que se integran uno y otra. Y este negocio complejo es de formación sucesiva, en el que el elemento esencial voluntad del *dominus* (lo que Pugliatti llamaba *acto o momento de decisión*) unas veces precede (poder) u otras sigue (ratificación) al acto del representante y tercero, lo cual no altera la naturaleza del negocio principal: venta es tanto la que lleva a cabo el titular del bien vendido, o si da poder suficiente a su representante, quien con él en la mano vende al tercero, o si vende el

15 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 162.

16 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 167 y 168.

17 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 164 y 169.

18 Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Op. cit.*, p. 20.

19 Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Op. cit.*, pp. 43 y 75.

representante sin poder y luego ratifica el titular²⁰.

Ciertamente no es este el lugar para analizar de forma comparativa y crítica las teorías de la representación y de la cooperación. Empero, creo que cometería un craso error si sostuviera que el *Código Civil* peruano, conforme al texto de su artículo 161, adopta la teoría del negocio condicionado, descartando la teoría del negocio de formación sucesiva. Efectivamente, sería un error decir que al catalogar como ineficaz (y no inválido o inexistente) el negocio celebrado por el falso representante, hasta su posterior ratificación, la citada norma no hace más que consagrar la teoría del negocio condicionado. Así es, no se debe olvidar que la ineficacia del negocio del falso representante es una idea que puede encontrar cobijo tanto dentro de la teoría del negocio condicionado, como dentro de la teoría del negocio de formación sucesiva. En tal sentido, se concluye que:

[...] el del *falsus procurator* antes de la ratificación es un negocio de formación sucesiva, no terminado a la falta de un elemento esencial y, por tanto, ineficaz; con la ineficacia propia de lo que todavía *no es*. Pero está en una situación que le permite ser terminado con la ratificación, que lo perfecciona (negocio ya constituido) y le dará plena eficacia (vinculación con la contraparte y efectos típicos propios). Este es el dato que caracteriza la tesis que defiende y la distingue principalmente (explicación del fenómeno) de la anterior. Hay notable proximidad entre ambas, porque las dos se fijan en lo que le falta al negocio. La diferencia radica en que para una la eficacia depende de que llegue el hecho condicionante, que se produzca, con cierto mecanicismo (basta que ocurra); la otra, además de requerirlo, dice qué es y cómo actúa ese hecho (la ratificación). Por esto me parece más razonable y convincente²¹.

20 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 169.
21 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 170.

IV. *La doctrina nacional 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 acto jurídico celebrado por un representante sin poder era anulable, de conformidad con la posibilidad de "subsanción" 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.

Un buen ejemplo de este enfoque lo encontramos en la resolución emitida el 17.07.96 (Cas. N° 100-95-LIMA) por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República:

[...] 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 sesentinueve 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 [...].

La situación, afortunadamente, vino a cambiar considerablemente 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. Es por tal motivo que encontramos, desde hace unos años, resoluciones emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema que consideran que el acto del representante sin poder no es anu-

lable, 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):

[...] **Tercero.-** 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 séptimo del *Código Civil* [...] (Cas. N° 2596-02-LIMA, del 20.01.03).

[...] **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 [...] (Cas. N° 2368-06-AREQUIPA, del 28.03.07).

Con un mayor detalle y énfasis se pronuncia la Cas. N° 526-2007-LIMA, del 07.11.2007, descartando la invalidez del acto realizado con defecto de poder de representación:

[...] **Quinto.-** Entonces, se llega a la conclusión que hablar de ineficacia y/o nulidad del acto jurídico es hablar de género a especie, puesto que la declaración de ineficacia no necesariamente conlleva a la declaración de nulidad del mismo porque –como se ha anotado– la ineficacia puede ser relativa, esto es, puede ser ineficaz frente a una de las partes o frente a terceros, mientras que al haberse declarado nulo un acto, este no tiene efectos para nadie pues nunca existió: **Sexto.-** Que, para nuestro ordenamiento civil el exceso en las facultades de representación constituye un acto ineficaz de acuerdo con lo dispuesto por el numeral ciento sesentiuno del Código Civil cuando señala “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”. **Séptimo.-** En este caso, la propia ley le atribuye la ineficacia relativa a dicho acto jurídico porque establece que este será oponible solo al representado, de lo que se desprende que para las otras partes mantiene su plena eficacia; en tal virtud, la figura del *falsus procura-*

tor no puede dar lugar a la nulidad del acto jurídico, porque sino sería declarar inválido e inexistente un acto jurídico que de acuerdo a la propia ley mantiene todos sus efectos entre el representante y el otro contratante. **Octavo.-** Que, consecuentemente cuando el Colegiado llega a la conclusión que se está ante un supuesto de *falsus procurator*, aplica la norma pertinente a la controversia, esto es el numeral ciento sesenta y uno del Código Civil, la que debe ser entendida como caso de ineficacia del acto jurídico, que no solo prevé con ineficacia, respecto del representado, el acto celebrado por el procurador excediéndose de los límites de las facultades que le hubiere conferido o violándolas, sino también de quien celebró por persona que no tenía la representación que se le atribuye, al haberse declarado nulo el poder con el que actuó don Jorge Wilfredo Salinas Coaguila, por tanto dicha denuncia debe desestimarse [...].

Decía que la situación cambió considerablemente, aunque no de forma plena, dado que, para pesar de todos, es posible encontrar casos ventilados en la década pasada en los cuales la Corte Suprema insiste en postular la insostenible teoría de la anulabilidad. Un ejemplo de ello es la Cas. N° 2830-2003-CA-JAMARCA, del 16.11.2004:

[...] **Décimo Tercero.-** Que, conforme a lo previsto en el artículo ciento sesentiuno del *Código Civil* que regula la figura del “*falsus procurator*”, el apoderado o representante, que se excede en las facultades otorgadas, conforme a la regla del artículo ciento sesentiuno del *Código Civil*, en principio, debe tenerse que el acto celebrado por este resulta un acto ineficaz frente a su representado; pero este puede ratificarlo conforme a la norma del artículo ciento sesentidós del Código sustantivo, de tal manera que solo el representado y no otro puede

objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de una simple interpretación gramatical; en consecuencia, el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable, siendo uno de los supuestos de la ineficacia originaria, también llamada intrínseca o estructural; **Décimo Cuarto.-** Que, siendo esto así, debe interpretarse la norma en el sentido que la acción de ineficacia por exceso de poder, a la que se refiere el legislador, en el artículo ciento sesentiuno del *Código Civil*, presenta las características de la anulabilidad, justamente derivado del hecho que el legislador acompaña a esta norma el artículo ciento sesentidós del *Código* acotado, teniéndose, además, que indicar que el legislador no considera este hecho como un acto jurídico grave, puesto que si lo hubiera considerado así no habría dado la posibilidad al representado de ratificar el acto, conforme al artículo ciento sesentidós del *Código Civil*; **Décimo Quinto.-** Que, el artículo ciento sesentidós del Código anotado, 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, como ya se ha indicado, el acto jurídico nulo no puede ser ratificado [...].

Es muy importante mencionar que la mayoría de pronunciamientos que se refieren a la ineficacia por falta de poder de representación del presunto apoderado, 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, puede afirmarse:

- i) a diferencia de lo que ocurría en otros periodos, nuestra máxima autoridad judicial tiende menos a 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 (o representantes en general) sin “poder”, la máxima instancia judicial tiende a aplicar, 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, como ya vimos, parece que no puede hoy seriamente defenderse la teoría de la nulidad o anulabilidad del acto o negocio realizado por el falso representante. El segundo punto es el que me interesa ahora:

Nuestra doctrina en el campo civil 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 suficientes²².

Una parte de la doctrina mercantil nacional es menos específica 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 sólo 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 estricto²³. 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 inválidos²⁴.

V. *Crítica la doctrina dominante: el gerente (o “representante orgánico” en general) no es un genuino representante*

Es evidente que la doctrina dominante que se acaba de reseñar entra en crisis si se niega la calidad de representante al gerente (o “representante orgánico” en general) ¿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 consecuen-

22 Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Op. cit.*, pp. 144 ss.; en idéntico sentido: Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Acto Jurídico*. Lima: IDEMSA, 2007, p. 426.

23 Enrique ELÍAS LAROZA. *Derecho societario peruano*. Lima-Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 44, 389 y 390.

24 Veo difícil que se pueda entender otra cosa de las páginas de Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS. *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp. 86, 464 y 465.

cia—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 órganos²⁵. Sobre el particular se señala lo siguiente:

Para un sector de la doctrina (italiana, sobre todo) frente y como alternativa a la representación voluntaria no se opondría tanto la representación legal, sino la *representación necesaria*, género más amplio que comprende la representación *legal*, de los incapaces y asimilados, y la *orgánica*, de los entes colectivos (personas jurídicas y entidades equiparadas)²⁶.

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 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 tipo²⁷.

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 propios²⁸”.

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

25 La clasificación es ampliamente difundida en los diversos manuales y tratados. Entre nosotros: Fernando VIDAL RAMÍREZ. *Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp 232-233; Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Op. cit.*, pp. 368 y ss.; Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Op. cit.*, p. 121 y ss.

26 Francisco RÍVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 107 y 108.

27 Al respecto, es emblemática la posición de Heinrich LEHMANN. *Parte General*. Traducción de José María Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 436-627 ss.

28 Emilio BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de Antonio Martín Pérez. Granada: Comares, 2000, p. 499.

los terceros desarrollan una actividad que hay que imputar directamente a la persona jurídica²⁹.

En sentido análogo, una autorizada doctrina española afirma que, en estos casos, no hay acto de la persona natural para la jurídica, sino de ésta para ésta³⁰. 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 ilícitos³¹.

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, adquiere un significado técnico bastante peculiar³².

En tal contexto, cuando el gerente (o “representante orgánico” en general) celebra un negocio jurídico careciendo de las facultades requeridas para tal efecto, en realidad 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.

29 Francesco SANTORO PASSARELLI. *Doctrinas General de Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, p. 336.

30 Manuel ALBALADEJO. *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 349.

31 Vincenzo ROPPO. *El contrato*. Traducción del Névar Carreteros, al cuidado de Eugenia Ariano. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 299.

32 Junto a los autores ya citados, obran de este modo: Francesco MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 412; Lina BILIAZZI GERI, Umberto BRECCIA, Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Derecho Civil*. T. I. Vol. 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 705.

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 presentarse como un órgano de la misma. 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 el sujeto mismo.

Por lo tanto, cuando un gerente celebra un negocio jurídico careciendo de facultades, no estamos ante un supuesto de aplicación del artículo 161 del Código Civil, sino ante un supuesto de aplicación del inciso 1 del artículo 219 del mismo cuerpo legal.

VI. *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 que los negocios celebrados por un gerente sin facultades constituyen casos paradigmáticos de aplicación del mentado artículo 161.

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 este argumento para sustentar la nulidad de los negocios de un gerente (u órgano) sin facultades no ha sido advertido por nuestra doctrina³³.

33 Juan LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. Lima: Studium, 1986, pp. 125 y 126; Fernando VIDAL RAMIREZ. *Op. cit.*, p. 233; Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 372; Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Op. cit.*, pp. 124 y 125. Dedicar un breve

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. Y esto, como es palmario, tiene unas repercusiones prácticas enormes: si se adopta el primer enfoque, el negocio podría ser 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*³⁴?

La idea es interesante, ya que este artículo reenvía directamente a las normas sobre representación en los casos de actos realizados

escrito exclusivamente a destacar estas ideas y concluir que el órgano no es un representante en sentido propio: Luis VELARDE SAFFER. *La mal llamada "representación orgánica"*. En: *Themis*. N° 57. Lima: PUCP, 2009, p. 233.

34 Como lo afirma Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Op. cit.*, p. 125.

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 por la tesis que argumenta la nulidad del negocio celebrado por el gerente sin facultades:

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 realidad³⁵, podemos plantear el asunto en términos de interpretación –y no integración– normativa.

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 harto sabido que las normas jurídicas, casi siempre, admiten más de una interpretación válida³⁶),

35 Al respecto: Emilio BETTI. *Op. cit.*, p. 6; Enrico PATTARO. *Elementos para una teoría del Derecho*. Traducción de Ignacio Ara Pinilla. Madrid: Debate, 1991, pp. 48 ss.; Francesco GALGANO. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 21; Rodolfo SACCO. *Il fatto, l'atto, il negozio*. Torino: UTET, 2005, p. 13 ss.

36 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: Genaro CARRIÓ. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, pp. 28 ss.; Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, pp. 67 ss.; Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1982, pp. 195-199; Chaim PERELMAN. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Diez Picazo. Madrid: Civitas, 1979, p. 193).

ciertamente habría 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 interpretación³⁷).

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 o vacío 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.

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 el citado artículo 93.

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 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 citado 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 la normativa societaria.

Ahora bien, es de la máxima importancia tener claro que entender al mentado artículo 13 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 a la norma 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 común³⁸.

38 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 (Natalino IRTI. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales y Leysser León. Lima: Grijley, 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: Norberto BOBBIO. *Teoría General del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1992, p. 191 ss.).

37 Giovanni TARELLO. *Op. cit.*, p. 371.

VII. Aproximación a una posible solución

Como se puede apreciar, 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 objeto de este escrito. 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.

No negaré que puede defenderse la ineficacia aun cuando se sostenga que se trata de un defecto en la declaración de voluntad. Me explico: se podría traer a colación la teoría, poco analizada por la doctrina peruana, del denominado “negocio jurídico bajo nombre ajeno”. Sobre esta figura se ha dicho:

Acá no se inventa o emplea un nombre al azar, sino que se toma uno cierto, perteneciente o correspondiente a determinada persona, para hacerse pasar por ella [...] se trata, sin más, de una suplantación, frente a la cual lo primero que se ocurre determinar es lo relativo a entre quiénes se celebra el contrato, y la eficacia y validez de este, obviamente teniendo presente que en él intervienen solamente dos sujetos: el suplantador y la otra parte contratante, pero que detrás del primero se encuentra el verdadero titular del nombre, cuya situación ha de definirse con cuidado de su incolumidad, como corresponde a su extraneidad total³⁹.

39 Fernando HINESTROSA FORERO. *La representación*. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2008, pp. 33 y 34.

No parece difícil percatarse que se puede hacer encajar el supuesto del acto del gerente sin poder en la figura del negocio bajo nombre ajeno, siempre y cuando se siga la tesis según la cual el gerente no es un verdadero representante (por la “ensimismación” existente). Repito: cuando un sujeto se irroga la calidad de gerente de una sociedad (o de “representante orgánico” en general) 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 presentarse como uno de sus órganos.

No obstante, la doctrina discrepa sobre la manera de entender los efectos del negocio bajo nombre ajeno: i) un sector sostiene que tal negocio produce efectos sobre la esfera jurídica del suplantador, ii) otro corriente de opinión afirma que se trata de un acto jurídico aquejado de vicio de voluntad referido a la persona de la otra parte, y iii) la nulidad absoluta del acto, dado que está ausente la declaración de quien se supone es parte del acto ¿Cuál postura tiene la razón? ¿Necesariamente son incompatibles estas concepciones? ¿Por qué? Más todavía, se afirma que la solución a las problemas que plantea un negocio bajo nombre ajeno dependerá de las particulares circunstancias del caso (cómo se presentó el suplantador, diligencia del tercero y la actitud asumida por el suplantado en el contexto del acto jurídico)⁴⁰. Como se comprenderá, aquí surgen una serie de problemas espinosos, que hacen que no sea tarea sencilla justificar la plena validez del negocio bajo nombre ajeno. Quien pretenda sostener la ineficacia del acto del gerente si facultades de representación, insistiendo en que no se trata de un representante propiamente dicho, tendría-claro está- que postular la ineficacia del acto jurídico bajo nombre ajeno. No obstante, como se acaba de precisar, la doctrina no es pacífica sobre este punto⁴¹.

40 Fernando HINESTROSA FORERO. *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

41 Massimo BIANCA. *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza y Édgar Cortés.

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 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 *Ge nossenschaft* en el Derecho alemán⁴².

Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 84: “El usurpador asume personalmente el compromiso contractual, al paso que el contrato carece de efectos respecto de la persona cuyo nombre fue usurpado. La idea según la cual el contrato por regla general debe ser referido al declarante que contrata bajo nombre ajeno no es, empero, pacífica en la doctrina. Una opinión contraria remite el contrato a la persona cuyo nombre toma el contratante y considera nulo el contrato por falta de consentimiento en cuanto la parte a la que el contrato se refiere no manifiesta ninguna voluntad negocial”.

42 Para esto y para las referencias que siguen a continuación: Francesco FERRARA. *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury. Madrid: Reus, 1929, p. 168 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 no admite 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 órgano⁴³.

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 sólo a una organización de personas que realiza fines valiosos”⁴⁴.

Sobre el particular, Rivero ha dicho que la idea de “ensimismación”, como supuesta diferencia sustancial entre representación voluntaria y orgánica, resulta “secundaria y formal” en realidad⁴⁵. En tal sentido, asevera que:

Una nota distintiva de la representación orgánica respecto de la voluntaria y la legal reside en que si en estas dos últimas entran en juego tres personas (representado, representante y tercero), en la primera operan sólo dos: el tercero con quien se relaciona la persona jurídica y esta, de la que es brazo ejecutor el órgano que la representa, que en tal calidad no es distinto de ella sino parte de la misma. Mas esto ocurre en el plano jurídico-formal sólo, porque en la realidad fáctica (de la que no cabe prescindir) el órgano representativo es una persona física que emite la declaración de voluntad cuando actúa por y para otro (la entidad representada); y es a ella, como persona efectivamente actuante, a quien son exigibles y van referidos ciertos requisito (capacidad, estados subjetivos) y por esa realidad y conducto ha lugar la alteridad (heteroeficacia) típica de la representación jurídica [...] la diferencia estructural en la representación orgánica –en que la afectación del negocio representativo a la persona jurídica se funda en el principio de identificación orgánica (del órgano con la entidad)– y la representación voluntaria, en que la eficacia directa de la actividad negocial del representante se basa en un acto voluntario del interesado. Mas esa diferencia –y las similitudes con la representación legal antes aludidas– no han impedido que se aplique a la representación orgánica la disciplina legal de la voluntaria en cuanto sea compatible y con las salvedades inevitables⁴⁶

43 Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las personas*. Lima: Huallaga, 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.

44 Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las personas*. Lima: Grijley, 2001, p. 188.

45 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 108, nota 60.

46 Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 108 y 109.

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. Veamos⁴⁷:

- i) Desde el punto de vista del tercero contratante, éste procura asegurarse de no está celebrando un negocio jurídico con la persona natural a título personal, sino que ésta actúa en nombre de otro. Así, el resultado práctico-jurídico que habrá de producir el negocio no repercutirá en la 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 a 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.

Por mi parte, sólo espero haber alcanzado el objetivo trazado al inicio del presente ensayo: demostrar lo cuestionable de lo –suestamente– evidente.

47 En sentido análogo a lo que se expone a continuación: Luis DIEZ PICAZO. *La representación en el Derecho privado*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 70 ss.